Law Reform Commission of Canada
Commission de réforme du droit du Canada

CRIMINAL LAW

hate propaganda

Working Paper 50

Canada

Reports and Working Papers of the Law Reform Commission of Canada

Reports to Parliament

1. *Evidence* (December 19, 1975)
2. *Guidelines — Dispositions and Sentences in the Criminal Process** (February 6, 1976)
3. *Our Criminal Law* (March 25, 1976)
4. *Expropriation** (April 8, 1976)
5. *Mental Disorder in the Criminal Process** (April 13, 1976)
6. *Family Law** (May 4, 1976)
7. *Sunday Observance** (May 19, 1976)
8. *The Exigibility to Attachment of Remuneration Payable by the Crown in Right of Canada** (December 19, 1977)
9. *Criminal Procedure — Part I: Miscellaneous Amendments** (February 23, 1978)
10. *Sexual Offences** (November 29, 1978)
11. *The Cheque: Some Modernization* (March 8, 1979)
12. *Theft and Fraud** (March 16, 1979)
13. *Advisory and Investigatory Commissions* (April 8, 1980)
14. *Judicial Review and the Federal Court** (April 25, 1980)
15. *Criteria for the Determination of Death** (April 8, 1981)
16. *The Jury* (July 28, 1982)
17. *Contempt of Court** (August 18, 1982)
18. *Obtaining Reasons before Applying for Judicial Scrutiny — Immigration Appeal Board* (December 16, 1982)
19. *Writs of Assistance and Telewarrants* (July 22, 1983)
20. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment** (October 11, 1983)
21. *Investigative Tests: Alcohol, Drugs and Driving Offences** (November 10, 1983)
22. *Disclosure by the Prosecution* (June 15, 1984)
23. *Questioning Suspects* (November 19, 1984)
24. *Search and Seizure* (March 22, 1985)
25. *Obtaining Forensic Evidence* (June 12, 1985)
26. *Independent Administrative Agencies* (October 23, 1985)
27. *Disposition of Seized Property* (April 24, 1986)
28. *Some Aspects of Medical Treatment and Criminal Law* (June 12, 1986)

Working Papers

1. *The Family Court** (1974)
2. *The Meaning of Guilt: Strict Liability** (1974)
3. *The Principles of Sentencing and Dispositions** (1974)
4. *Discovery** (1974)
5. *Restitution and Compensation** (1974)
6. *Fines** (1974)
7. *Diversion** (1975)
8. *Family Property** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Limits of Criminal Law: Obscenity: A Test Case** (1975)
11. *Imprisonment and Release** (1975)
12. *Maintenance on Divorce** (1975)
13. *Divorce** (1975)
14. *The Criminal Process and Mental Disorder** (1975)
15. *Criminal Procedure: Control of the Process** (1975)
16. *Criminal Responsibility for Group Action** (1976)
17. *Commissions of Inquiry: A New Act** (1977)
18. *Federal Court: Judicial Review** (1977)
19. *Theft and Fraud: Offences* (1977)
20. *Contempt of Court: Offences against the Administration of Justice** (1977)
21. *Payment by Credit Transfer* (1978)
22. *Sexual Offences** (1978)
23. *Criteria for the Determination of Death** (1979)
24. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (1979)
25. *Independent Administrative Agencies** (1980)
26. *Medical Treatment and Criminal Law** (1980)
27. *The Jury in Criminal Trials** (1980)
28. *Euthanasia, Aiding Suicide and Cessation of Treatment** (1982)
29. *The General Part: Liability and Defences* (1982)
30. *Police Powers: Search and Seizure in Criminal Law Enforcement** (1983)
31. *Damage to Property: Vandalism* (1984)
32. *Questioning Suspects* (1984)
33. *Homicide* (1984)
34. *Investigative Tests* (1984)
35. *Defamatory Libel* (1984)
36. *Damage to Property: Arson* (1984)
37. *Extraterritorial Jurisdiction* (1984)
38. *Assault* (1985)
39. *Post-Seizure Procedures* (1985)
40. *The Legal Status of the Federal Administration* (1985)
41. *Arrest* (1985)
42. *Bigamy* (1985)
43. *Behaviour Alteration and the Criminal Law* (1985)
44. *Crimes against the Environment* (1985)
45. *Secondary Liability* (1985)
46. *Omissions, Negligence and Endangering* (1985)
47. *Electronic Surveillance* (1986)
48. *Criminal Intrusion* (1986)
49. *Crimes against the State* (1986)

The Commission has also published over seventy Study Papers on various aspects of law. If you wish a copy of our catalogue of publications, please write to: Law Reform Commission of Canada, 130 Albert Street, Ottawa, Ontario, K1A 0L6, or Suite 310, Place du Canada, Montréal, Québec, H3B 2N2.

* Out of print. Available in many libraries.

HATE PROPAGANDA

Available by mail free of charge from:

Law Reform Commission of Canada
130 Albert St., 7th Floor
Ottawa, Canada
K1A 0L6

or

Suite 310
Place du Canada
Montréal, Québec
H3B 2N2

© Law Reform Commission of Canada 1986
Catalogue No. J32-1/50-1986
ISBN 0-662-54421-8

Law Reform Commission
of Canada

Working Paper 50

HATE PROPAGANDA

1986

Commission

Mr. Justice Allen M. Linden, President
Mr. Gilles Létourneau, Vice-President
Ms. Louise Lemelin, Q.C., Commissioner
Mr. Joseph Maingot, Q.C., Commissioner
Mr. John Frecker, Commissioner

Secretary and Co-ordinator, Substantive Criminal Law

François Handfield, B.A., LL.L.

Special Adviser

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Principal Consultant

Philippe Turp, LL.B.

Adviser to Principal Consultant

Glenn Gilmour, B.A., LL.B.

Consultant

Michèle Jacquart, B.A., LL.B.

Notice

This Working Paper presents the views of the Commission at this time. The Commission's final views will be presented in its Report to the Minister of Justice and Parliament, when the Commission has taken into account comments received in the meantime from the public.

The Commission would be grateful, therefore, if all comments could be sent in writing to:

Secretary
Law Reform Commission
130 Albert Street
Ottawa, Canada
K1A 0L6

Table of Contents

INTRODUCTION 1

CHAPTER ONE: The Law relating to Hate Propaganda 3

I. The History of Hate Propaganda Crimes 3

A. English Law 3

B. Canadian Law 4

II. The Present Law 7

A. Advocating Genocide 7

B. Public Incitement of Hatred 8

C. Wilful Promotion of Hatred 8

D. Common Definitions 11

(1) Identifiable Group 11

(2) Communicating Statements 12

E. Forfeiture and Seizure 12

F. Spreading False News 12

III. Defects of Organization, Form , Style and Uncertainty in the Present Law 14

A. Organization, Form and Style 14

B. Uncertainty 15

CHAPTER TWO: Proposed Reforms 17

I. Freedom of Expression versus Freedom from Hate: The Search for a Balance 17

A. International Obligations 17

(1) The *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* 17

(2) The *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* 19

B. Foreign Jurisdictions 20

(1) The *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* 20

(2) France 20

(3) The Federal Republic of Germany 21

(4) The United Kingdom 22

(5) The United States 23

(a) Present Law 23

(b) Proposed Reform 24

C. Other Proposals for Reform of Our Hate Propaganda Crimes 24

II. Freedom of Expression versus Freedom from Hate: The Balance 25

A. Genocide 27

B. Publishing False News 29

C. Crimes of Promoting Hatred 30

(1) The Harm Involved 30

(2) Individuals or Groups? 31

(3) Which Groups? 31

(4) What Restrictions? 33

CONCLUSION 39

RECOMMENDATIONS 40

SCHEDULE A: Canadian Legislation on Human Rights and Freedoms 43

SCHEDULE B: Pornography and Hate Propaganda 45

BIBLIOGRAPHY 49

INTERNATIONAL DECLARATIONS, CONVENTIONS AND TREATIES 55

TABLE OF CASES 57

Anti-Semitism does not fall within the category of ideas protected by the right of free opinion.
Indeed, it is something quite other than an idea. It is first of all a passion.

Jean-Paul Sartre,
Anti-Semite and Jew

I supported free speech for Nazis when they wanted to march in Skokie in order to defeat Nazis. Defending my enemy is the only way to protect a free society against the enemies of freedom.

Aryeh Neier,
Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom

Introduction

Our *Criminal Code* prohibits not only physical attacks but also some verbal attacks. The publication of certain words may be regarded as harmful to the public interest. Offences such as seditious libel, defamatory libel and hate propaganda fall into this category.

In our Working Paper entitled *Defamatory Libel*,[1] we examined the limitations that the criminal law imposes on freedom of expression in the context of attacks on the reputation of a person. In accordance with the principle that criminal law should only be used with restraint and having concluded that criminal law was not an effective weapon in the fight against defamation, we recommended the abolition of the offence of defamatory libel.[2]

In contrast to the offence of defamatory libel, the *Code* offences relating to hate propaganda are directed against attacks on certain groups in our society. In fact, these provisions grant greater protection to such groups because the attacks prohibited are not always of a defamatory nature.

The existence of these offences in Canadian criminal law nevertheless raises several questions. Is the attack on the dignity and the equality of the person so serious and socially reprehensible that the intervention of criminal law is both plausible and necessary? Is the undertaking given to the international community to make any racial discrimination a punishable offence an overriding factor?

These offences also provoke a lively debate between the supporters of an absolute right of freedom of expression in this context, and those who believe that such a right must be limited in order to promote the maintenance and encouragement of the multicultural heritage of Canadians. Our present criminal law attempts to strike a balance between these two positions.

In order to assess the role criminal law can play with regard to hate propaganda, we shall examine the present law, expose uncertainties and list weaknesses in organization, style and form. We shall study the legislation of a few foreign jurisdictions and present an up-to-date account of international measures to eliminate racial discrimination. Finally, we shall propose legislative amendments designed to improve the hate propaganda provisions.

---

1. Law Reform Commission of Canada, *Defamatory Libel* [Working Paper 35] (Ottawa: Supply and Services, 1984).
2. *Id.*, pp. 59-60.

CHAPTER ONE

The Law relating to Hate Propaganda

I. The History of Hate Propaganda Crimes

In order to understand properly the evolution in Canada of the hate propaganda offences, it seems necessary not only to describe the history behind these provisions, but also to discuss certain related offences drawn from English law.

A. English Law

In 1275, some defamatory attacks took on a criminal aspect by the creation of the offence *De Scandalis Magnatum*. It was hoped in this way to prohibit the spreading of false rumours of a nature that would sow discord between the king and great men of the realm.[3] In other words, this crime had the effect of protecting certain people belonging to a particular group against damaging statements.

Despite the fact that this offence does not relate directly to hate propaganda, it remains nevertheless significant as being the foundation for section 177 of the Canadian

---

3. The statutory criminal offence, *De Scandalis Magnatum*, prohibited the telling or publishing of

> any false News or Tales, whereby discord, or occasion of discord or slander may grow between the King and his People, or the Great Men of the Realm; and he that doth so, shall be taken and kept in Prison, until he hath brought him into the Court, which was the first Author of the Tale (3 Edw. I, c. 34, *The Statutes of the Realm*, Vol. 1 (1810, reprinted London: 1963, Dawsons of Pall Mall), p. 35).

Various commentators have noted that the statute was directed against false statements which, in a society of powerful and armed magnates, could necessarily endanger the security of the state. See, for example, J. Kelly, "Criminal Libel and Free Speech" (1958), 6 *Kansas L. Rev.* 295, p. 297; *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel*, 3rd ed. (London: Butterworths, 1869), p. 177; W. Holdsworth, *A History of English Law* (London: Sweet and Maxwell, 1966), Vol. III, p. 409. As D.A. Elder points out in "Kentucky Criminal Libel Law and Public Officials — An Historical Anachronism?" (1981), 8 *N. Ky. L. Rev.* 37, p. 40:

> Explicitly to secure the established order, English law had adopted for the first time what was, in essence, a criminal libel law — a statute with the intendment and precedential impact of legal authorization of direct curtailment of free expression critical of public institutions and personages.

In fact, the statutory offence of *scandalum magnatum* was little used. It was finally abolished in England by the *Statute Law Revision Act, 1887*, 50 & 51 Vict., c. 59.

Criminal Code, spreading false news, which was recently used in a prosecution for publishing hate propaganda. This section will be analyzed later in the course of this Paper.

At common law, the civil law does not protect against group defamation. At most, it protects the members of a group as individuals. They must prove that the defamatory words were aimed at them as individuals.[4]

On the other hand, at common law, the criminal law covers group defamation. The case of *R.* v. *Osborn*,[5] tried in 1732, is the origin for criminal prosecution for group defamation. Osborn published accusations that Jews, recently arrived from Portugal, living on Broad Street in London, on learning that a Jewish woman had had sexual relations with a Christian, had burned and killed her and her illegitimate child. This libel caused some disturbances, and mobs attacked the Jews in different parts of the city. The court found Osborn guilty, not of libel *per se*, but of having published a libel that caused a breach of the peace. Since then, a defamatory libel on a group can be prosecuted if the words spoken are of a nature that breaches the public peace.[6]

B. Canadian Law

Before the hate propaganda crimes were inserted in the *Criminal Code*, Canadian legislation did not adequately repress hate propaganda.

Unlike English criminal law, our offence of defamatory libel only applies to defamatory attacks upon a person.[7] The definition of the expression "person" in section 2 of our *Criminal Code* is not restricted to physical persons but also covers public bodies, corporations, societies and companies. However, groups having common characteristics such as race, religion, colour and ethnic origin are not included in this definition.[8]

---

4. S.S. Cohen, "Hate Propaganda — The Amendments to the Criminal Code" (1971), 17 *McGill L.J.* 740, pp. 741-6.

5. *R.* v. *Osborn* (1732), 2 Barn. K.B. 166, 94 E.R. 425; W. Kel. 230; 25 E.R. 584; 2 Swanst. R. 503n, 36 E.R. 717. While the report in Barnardiston suggests that the case was a libel upon a group, the other reports indicate that the court saw the case as causing a breach of the peace by inciting the mobs against the Jews. See "Race Defamation and the First Amendment" (1965-66), 34 *Fordham L. Rev.* 653, pp. 654-6. For other criminal prosecutions for libels against groups, see *R.* v. *Williams* (1822), 5 B. & Ald. 595; 106 E.R. 1308 (a libel upon the clergy of the diocese of Durham) and *Re Gathercole* (1838), 2 Lewin 237; 168 E.R. 1140 (a libel upon the Scorton nunnery). J.C. Smith and B. Hogan, *Criminal Law*, 5th ed. (London: Butterworths, 1983), state at page 775:

> A libel on a class of persons is not actionable unless the class is so small, like a body of trustees or directors, that it might be taken to refer to each member individually, or it is otherwise so worded as to appear to refer to an individual. It is possible, however, that a libel intended to excite public hatred against a class, such as the clergy of Durham or the Justices of the Peace of Middlesex is indictable, though no individual's reputation be harmed. [Footnotes omitted]

6. M. Gropper, "Hate Literature — The Problem of Control" (1965), 30 *Sask. Bar Rev.* 181, pp. 186-7. See also: D.R. Fryer, "Group Defamation in England" (1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 33, pp. 46-7; and P.J. Belton, "The Control of Group Defamation: A Comparative Study of Law and Its Limitations" (1960), 34 *Tul. L. Rev.* 299, pp. 301-3.

7. Cohen, *supra*, note 4, p. 765.

8. See *Ex parte Genest* v. *R.* (1933), 71 Qué. S.C. 385.

With respect to seditious libel, the Supreme Court of Canada in the case of *Boucher* v. *The King*[9] interpreted the term "sedition" in a restrictive way. In that case, Boucher, a farmer living in Québec, was convicted at trial for having published a seditious libel contrary to the then sections 133, 133A and 134 of the *Criminal Code* (now sections 60, 61 and 62). The document, entitled *La haine ardente du Québec pour Dieu, pour le Christ et pour la liberté est un sujet de honte pour tout le Canada*, dealt in a general way with the vindictive persecution that Jehovah's Witnesses in Québec suffered as brothers in Christ.

The Supreme Court acquitted Boucher and held that the intention to produce feelings of hatred and ill will between different classes of His Majesty's subjects is not sufficient in itself to constitute a seditious intent. There must also be an intention to disturb the established order or to resist authority: "No one would suggest that the document is intended to arouse French-speaking Roman Catholics to disordering conduct against their own government, and to treat it as directed, with the same purpose, towards the Witnesses themselves in the province, would be quite absurd."[10]

As for spreading false news, this offence was interpreted in a restrictive way in the case of *R.* v. *Carrier*.[11] Following the acquittal of Carrier for conspiracy to publish a seditious libel similar to the one in *Boucher*, the Court of Queen's Bench (Criminal Division) decided that he could not be convicted, on the same facts, with spreading false news. The court held that the expression "whereby injury is or is likely to be occasioned to any public interest" should be interpreted in the light of the definition of sedition as set out in the *Boucher* case.

From that point on, it appeared clear that in order to suppress hate propaganda sufficiently, new provisions had to be added to our *Criminal Code*. But the status quo was maintained in our criminal law for several years.[12]

However, the necessity for intervention by legislators in this area was felt as early as 1933, when Nazi propaganda began to be distributed in several regions of the country.

---

9. *Boucher* v. *The King*, [1951] S.C.R. 265.

10. *Id.*, p. 291, *per* Rand J. For commentaries on the *Boucher* decision, see F.A. Brewin, "Criminal Law — Sedition — Witnesses of Jehovah — Civil liberties — Consultation among Members of Appellate Court" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 193; M. Fenson, "Group Defamation: Is the Cure Too Costly?" (1964-65), 1 *Man. L.J.* 255, pp. 269-81. For a history of seditious libel in England, in United States, and Canada, see M.R. MacGuigan's study in the *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* (Ottawa: Queen's Printer, 1966), Appendix 1, pp. 73-170 (hereinafter cited as the Cohen Committee). See also M.G. Freiheit, "Free Speech and Defamation of Groups by Reason of Color or Religion" (1966), 1 *R.J.T.* 129, pp. 134-9; Gropper, *supra*, note 6, pp. 187-8.

11. *R.* v. *Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Qué. K.B., Criminal Side). For comments on this decision, see: Cohen, *supra*, note 4, p. 765; Gropper, *supra*, note 6, pp. 188-9; Fenson, *supra*, note 10, p. 278.

12. Cohen, *supra*, note 4, p. 768.

The province of Manitoba enacted a statute at that time in order to combat this propaganda.[13]

Furthermore, on the international level, nations agreed on the necessity of establishing general standards for the respect of persons and minorities because the conscience of all had been shocked by the revelation of the inhumane practices of totalitarian regimes both of the right and the left — the most unforgettable example being the genocidal policies applied by the Third Reich.[14]

For many observers, it was clear that despite the crushing defeat of Hitler and of Germany, Naziism remained alive during the post-war period, as evidenced by the persistence of certain kinds of racist propaganda, the incitement to hatred of identifiable groups and even in some cases the incitement to genocide in otherwise democratic societies.[15]

The first demands for legislation suppressing hate propaganda with respect to religious and ethnic groups go back to March 1953. At that time, some traditionally vulnerable minority groups took their case before the Joint Committee of the House of Commons and the Senate studying the revision of the *Criminal Code*.[16] However, hate propaganda continued to exist during this period and a rise in such activity was witnessed at the end of the 1950s and the beginning of the 1960s.[17]

In January 1965, the then Minister of Justice, the Honourable Guy Favreau, appointed a special committee to study the problems with respect to the spread of hate propaganda in Canada.[18]

In its conclusions, the *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada* emphasized that existing Canadian law could not provide a sufficiently effective

---

13. *The Libel Act*, S.M. 1934, c. 23, s. 13A, now *The Defamation Act*, R.S.M. 1970, c. D20, s. 19(1). See also: Z. Chafee, *Government and Mass Communications* (Hamden, Connecticut: Archon Books, 1965), p. 117; P. Paraf, *Le racisme dans le monde* (Paris: Petite bibliothéque Payot, 1981), p. 189; W.S. Tarnopolsky, "The Control of Racial Discrimination" in R.St.J. Macdonald and J.P. Humphrey, eds., *The Practice of Freedom* (Toronto: Butterworths, 1979), p. 295.

14. M. Cohen, "Human Rights and Hate Propaganda: A Controversial Canadian Experiment" in S. Shoham, ed., *Of Law and Man* (New York and Tel Aviv: Sabra Books, 1971), pp. 59-60.

15. M. Cohen, "The Hate Propaganda Amendments: Reflections on a Controversy" (1971), 9 *Alta. L. Rev.* 103, p. 105.

16. B.G. Kayfetz, "The Story behind Canada's New Anti-Hate Law" (May-June 1970), *Patterns of Prejudice* 5. See also Fenson, *supra*, note 10, pp. 271-6.

17. Cohen, *supra*, note 15, p. 104. See also W.S. Tarnopolsky, "Freedom of Expression v. Right to Equal Treatment" (Centennial Edition 1967), *U.B.C. L. Rev. — C. de D.* 43, p. 45. For a detailed study of the activities of the Canadian Nazi Party in Toronto during the mid-1960s, see M.R. MacGuigan, "Hate Control and Freedom of Assembly" (1966), 31 *Sask. Bar Rev.* 232.

18. Canada, Debates of the House of Commons, 2nd Session, 26th Parliament, Vol. XI, February 25, 1965, pp. 11716-7.

legal basis to prevent and combat hate propaganda.[19] The Cohen Committee recommended at that time that it would be desirable to draft a Bill to amend the *Criminal Code* in order to include provisions with respect to hate propaganda.[20]

In its desire to harmonize its legislation with the principles of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*[21] and the *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*,[22] and in view of the Cohen Committee's recommendations and the fundamental principles of the *Canadian Bill of Rights*,[23] Parliament attempted to correct some of the defects in our criminal law. In effect, to affirm some principles of international law and to denounce unequivocally certain racist practices in our society, Parliament undertook to penalize discriminatory attitudes through the criminal law.

In 1970, the Canadian Parliament added certain hate propaganda offences to the *Criminal Code*.[24] These are advocating genocide, public incitement of hatred, and wilful promotion of hatred.

II. The Present Law

The present *Criminal Code* contains four offences that deal directly or indirectly with hate propaganda: advocating genocide; public incitement of hatred; wilful promotion of hatred; and, spreading false news.

A. Advocating Genocide

Section 281.1 of the *Criminal Code* makes it criminal to advocate genocide:

> (1) Every one who advocates or promotes genocide is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for five years.

---

19. Cohen Committee, *supra*, note 10, p. 59. For some criticisms of the report, see R.E. Hage, "The Hate Propaganda Amendment to the Criminal Code" (1970), 28 *U.T. Faculty L.R.* 63.

20. Cohen Committee, *supra*, note 10, pp. 69-71.

21. See *infra*, notes 64 to 67 inclusive.

22. See *infra*, notes 68 and 69.

23. *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, Appendix III.

24. *An Act to amend the Criminal Code*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 11, amending R.S.C. 1970, c. C-34. For some comments on the evolution of the Bill with respect to hate propaganda, see: Kayfetz, *supra*, note 16, pp. 6-8; Tarnopolsky, *supra*, note 17, pp. 45-6; Cohen, *supra*, note 4, pp. 767-71; Gropper, *supra*, note 6, pp. 182, 196-9. See also Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 8 (February 10, 1970); No. 9 (February 17, 1970); No. 10 (February 24, 1970); No. 11 (February 26, 1970); No. 12 (March 3, 1970).

(2) In this section "genocide" means any of the following acts committed with intent to destroy in whole or in part any identifiable group, namely:

(*a*) killing members of the group, or

(*b*) deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction.

No prosecution for this offence can be instituted without the consent of the Attorney General.[25]

B. Public Incitement of Hatred

Subsection 281.2(1) of the *Criminal Code* deals with a person who publicly incites hatred:

Every one who, by communicating statements in any public place, incites hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace, is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

Thus, the basis of the offence is the incitement of hatred in a "public place" that is likely to bring about a breach of the peace. The *Criminal Code* defines the term "public place" as including "any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied; ...."[26]

C. Wilful Promotion of Hatred

Subsection 281.2(2) of the *Criminal Code* covers the case of a person who wilfully promotes hatred:

Every one who, by communicating statements, other than in private conversation, wilfully promotes hatred against any identifiable group is guilty of

(*a*) an indictable offence and is liable to imprisonment for two years; or

(*b*) an offence punishable on summary conviction.

---

25. *Criminal Code*, s. 281.1(3). All references to the *Criminal Code* are to R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.
26. *Criminal Code*, s. 281.2(7).

This offence can be distinguished from the one in subsection 281.2(1) of the *Criminal Code* because it does not require that the activity in question be likely to bring about a breach of the peace. For example, if a person distributes pamphlets of a racist nature and such a distribution is not likely to bring about a breach of the peace, the communication of these pamphlets may be covered by *Code* subsection 281.2(2). Furthermore, the communication of the statements must occur "other than in private conversation."

For this offence, Parliament enacted certain defences in order to guarantee that freedom of expression would be respected.[27] Subsection 281.2(3) of the *Criminal Code* provides that the person who wilfully promotes hatred shall not be convicted:

> (*a*) if he establishes that the statements communicated were true;[28]
>
> (*b*) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion upon a religious subject;[29]
>
> (*c*) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to be true;[30] or
>
> (*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred towards an identifiable group in Canada.[31]

No prosecution shall be instituted for this offence without the consent of the Attorney General.[32]

---

27. To compare the defences as proposed by the Cohen Committee with those subsequently enacted, see: the Cohen Comittee, *supra*, note 10, pp. 65-6; and Cohen, *supra*, note 4, pp. 775-7.

28. During the proceedings of the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs, No. 11 (February 26, 1970), Mark MacGuigan stated at page 11:35:

> It seems to me very important that we not extend the ambit of this statute too wide, that we keep the unrestricted defence of truth, because ... it would not be seemingly for someone who is taking a position which could be demonstrably shown to be true ... to be convicted because of the circumstances in which he uttered the word.

29. The legislative history of this defence demonstrates that it was added to the *Criminal Code* in order to compensate for the addition of the criterion of religion to the definition of "identifiable group." The Senate asked for a compensatory defence to establish unequivocally that a good-faith discussion on a religious subject would not be prohibited. In other words, the purpose of this defence is to assure that religious debates are not inhibited. However, this compensatory logic was questioned throughout the Parliamentary debates. See Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 11 (February 26, 1970), pp. 11:22–11:33. This defence was not included among the recommendations of the Cohen Committee, *supra*, note 10.

30. The Cohen Committee, *supra*, note 10, argued at page 65 that "at a minimum" this defence was required.

31. This defence covers the case of a statement that would constitute an attempt to convince other citizens to eliminate the cause of this hatred. For example, an Indian Chief in Canada with grievances against the White population in Canada who set out those grievances in order to have them corrected, could invoke paragraph 281.2(3)(*d*) as a defence. See Canada, Debates of the House of Commons, 2nd Session, 28th Parliament, Vol. VI, April 6, 1970, p. 5553.

32. *Criminal Code*, s. 281.2(6).

This provision specifies that there must be a wilful incitement to hatred. What is the meaning of the term "wilfully"? The decision in *R.* v. *Buzzanga and Durocher*[33] makes it clear that the word "wilfully" in this context means intending to promote hatred.

In 1977, Buzzanga and Durocher, two Franco-Ontarians, were accused, pursuant to subsection 281.2(2) of the *Criminal Code*, of having wilfully promoted hatred against French Canadians in Essex County in Ontario by distributing highly anti-French-Canadian handbills. They were convicted at trial. However, in September 1979, the Ontario Court of Appeal set aside the convictions and ordered a new trial.

The Court of Appeal considered that the intention of the two accused, which was to provoke a reaction among French Canadians in their battle to have a French school built in the region, did not correspond to the intention to promote hatred required by the word "wilfully." However, the court held that "wilfully" was not restricted to desiring to promote hatred:

> I agree, however (assuming without deciding that there may be cases in which intended consequences are confined to those which it is the actor's conscious purpose to bring about), that, as a general rule, a person who foresees that a consequence is certain or substantially certain to result from an act which he does in order to achieve some other purpose, intends that consequence. The actor's foresight of the certainty or moral certainty of the consequence resulting from his conduct compels a conclusion that if he, none the less, acted so as to produce it, then he decided to bring it about (albeit regretfully), in order to achieve his ultimate purpose. His intention encompasses the means as well as to his ultimate objective.[34]

This interpretation has the effect of including in the intention to achieve a result, the consciousness by the agent that his actions will certainly or almost certainly bring about that result. This form of *mens rea* excludes recklessness.[35]

In a recent trial decision, *R.* v. *Keegstra*,[36] the accused, ex-mayor and ex-teacher in Eckville, Alberta, was found guilty of having wilfully promoted hatred against the Jewish people by teaching in such a way as to deny the existence of persecution of Jews and to claim that the Holocaust was nothing but a hoax perpetrated by a Jewish conspiracy.

---

33. *R.* v. *Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.).

34. *Id.*, pp. 384-5.

35. *Id.*, p. 381. For comments on the decision in *R.* v. *Buzzanga and Durocher*, see: M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the Constitution Act, 1982* (Toronto: Emond-Montgomery, 1983), p. 603; J. Fortin and L. Viau, *Traité de droit pénal général* (Montréal: Thémis, 1982), pp. 140-1.

36. *R.* v. *Keegstra*, Alta. Q.B., July 20, 1985, Mackenzie J. (unreported). Keegstra was sentenced to pay a $5000 fine. At the time of the publication of this Paper, Keegstra was appealing his conviction, while the Crown was cross-appealing his sentence. For an analysis of the *Keegstra* affair, see: S. Mertl and J. Ward, *Keegstra: The Trial, the Issues, the Consequences* (Saskatoon: Western Producer Prairies Books, 1985); D. Bercuson and D. Wertheimer, *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair* (Toronto: Doubleday Canada, 1985).

The pre-trial decision of *R.* v. *Keegstra*,[37] given in response to a constitutional challenge to this crime, is a landmark decision concerning freedom of expression in relation to hate propaganda.

In order to evaluate the justification of the restrictions that may be imposed on the rights and freedoms guaranteed by the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,[38] Mr. Justice Quigley tried to balance freedom of expression with the right to equality guaranteed by section 15 of the Charter and the right under section 27 which provides that every interpretation of the Charter must be consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.[39] He concluded in the following way:

> In my view, the wilful promotion of hatred under circumstances which fall within s. 281.2(2) of the *Criminal Code* of Canada clearly contradicts the principles which recognize the dignity and worth of identifiable groups, singly and collectively; it contradicts the recognition of moral and spiritual values which impels us to assert and protect the dignity of each member of society; and it negates or limits the rights and freedoms of such target groups, and in particular denies them the right to the equal protection and benefit of the law without discrimination.
>
> Under these circumstances, it is my opinion that s. 281.2(2) of the *Code* cannot rationally be considered to be an infringement which limits "freedom of expression," but on the contrary it is a safeguard which promotes it. The protection afforded by the proscription tends to banish the apprehension which might otherwise inhibit certain segments of our society from freely expressing themselves upon the whole spectrum of topics, whether social, economic, scientific, political, religious, or spiritual in nature. The unfettered right to express divergent opinions on these topics is the kind of freedom of expression the Charter protects.[40]

D. Common Definitions

(1) Identifiable Group

For the three offences listed above, the communication of a statement must be directed against an "identifiable group," the definition of which can be found in *Code* subsection 281.1(4):

---

37. *R.* v. *Keegstra* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254 (Alta. Q.B.). For an examination of a Canadian statute dealing with hate propaganda in relation to the *International Convenant on Civil and Political Rights*, see *John Ross Taylor and the Western Guard Party* v. *Canada* (1984), 5 C.H.R.R. D/2097. For a comment on how international law may be used to interpret the Charter, see D. Turp, "Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel" (1984), 18 *R.J.T.* 353.

38. *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Part I of the *Constitution Act, 1982*, which is Schedule B to the *Canada Act 1982*, c. 11 (U.K.).

39. Subsection 15(1) of the Charter states: "Every individual is equal before and under the law and has the right to the equal protection and equal benefit of the law without discrimination and, in particular, without discrimination based on race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability." Section 27 of the Charter states: "This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians."

40. *R.* v. *Keegstra*, *supra*, note 37, p. 268.

In this section "identifiable group" means any section of the public distinguished by colour, race, religion or ethnic origin.

(2) Communicating Statements

With respect to offences provided in subsections 281.2(1) and (2) of the *Criminal Code*, the incitement of hatred and the wilful promotion of hatred must be the result of "communicating statements." The *Code* defines these terms in the following way in subsection 281.2(7):

> "communicating" includes communicating by telephone, broadcasting or other audible or visible means;
>
> ...
>
> "statements" includes words spoken or written or recorded electronically or electromagnetically or otherwise, and gestures, signs or other visible representations.

E. Forfeiture and Seizure

When a person is found guilty of these offences, the presiding magistrate or judge may order anything by means of or in relation to which the offence was committed, to be forfeited to Her Majesty.[41] Furthermore, *Code* section 281.3 provides for the issuance of a warrant of seizure by a judge who is satisfied by information upon oath that there are reasonable grounds for believing that any publication, copies of which are kept for sale or distribution in premises within the jurisdiction of the court, is hate propaganda. "[H]ate propaganda," defined in section 281.3(8) of the *Code*, "means any writing, sign or visible representation that advocates or promotes genocide or the communication of which by any person would constitute an offence under section 281.2."

F. Spreading False News

Section 177 of the *Code* makes spreading false news an offence:

> Everyone who wilfully publishes a statement, tale or news that he knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for two years.

The origin of this offence in our *Criminal Code* goes back to the crime of *De Scandalis Magnatum* of 1275.[42] Only a few decisions have been rendered on this subject.

---

41. *Criminal Code*, s. 281.2(4). By subsection 281.2(5), telephone, telegraph, or other communication facilities owned by a person engaged in providing a communication service to the public are exempt from forfeiture.

42. F.R. Scott, in "Publishing False News" (1952), 32 *Can. Bar Rev.* 37, examines the history of this offence. Scott, at page 47, also foresaw that this offence could be used to protect racial and religious groups from hateful attacks.

In the case of *R.* v. *Hoaglin*,[43] the accused, a merchant in Alberta, advertised a closing sale in the following way:

> We have decided to leave Canada .... Americans not wanted in Canada. Investigate before buying lands and taking homesteads in this country.

The accused was found guilty. This false news was considered to be contrary to the public interest because it was in Canada's interest to attract immigrants.

In the decision of *R.* v. *Carrier*,[44] mentioned earlier, the Québec Court of Appeal (Criminal Division) held that the term "that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest" had to be interpreted in relation to the definition of sedition as formulated in the case of *Boucher*.

In the case of *R.* v. *Kirby*,[45] it was decided that an underground newspaper's parodying of another newspaper (*The Gazette*), containing a false story that the mayor of Montréal had been killed by a drug-crazed hippie, was not sufficient to justify a conviction pursuant to then section 166 (now 177) of the *Criminal Code*. This underground newspaper did not cause injury or mischief to the public interest even though it may have caused some embarrassment or inconvenience to the editor-in-chief of *The Gazette*.

However, the recent decision in *R.* v. *Zundel*[46] demonstrated that this provision could be used to combat hate propaganda. The accused was found guilty of having knowingly spread false news by publishing a pamphlet entitled "Did Six Million Really Die?" and provoking thereby racial and social intolerance. He was, however, acquitted on a charge of having wilfully caused injury or mischief to the public interest by publishing a pamphlet claiming that there exists a Communist and Jewish conspiracy on an international scale.

In effect, it seems clear that section 177 of the *Criminal Code* can apply in cases of hate propaganda. Moreover, it would seem to cover both written and oral statements.[47]

Parliament had in mind three specific offences to combat hate propaganda. History has shown, however, that these offences are rarely prosecuted. The type of hate propaganda described in section 281.1 of the *Criminal Code*, advocating genocide, is rarely found. As for *Code* subsections 281.2(1) and (2), the difficulty in proving some of their elements seems to be an obstacle to prosecution. For example, the consequence of a public incitement of hatred is not necessarily a likelihood of a breach of the peace. More obvious are the element of intention in, and the defences attached to, the crime of wilful

---

43. *R.* v. *Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T. S.C.).

44. *R.* v. *Carrier*, *supra*, note 11.

45. *R.* v. *Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Qué. C.A.).

46. *R.* v. *Zundel*, Ont. District Ct.; convicted Feb. 28, 1985; sentenced March 25, 1985, Locke J. (unreported). At the time of the publication of this Paper, Zundel was appealing his conviction. For an analysis of the Zundel trial, see H.R.S. Ryan, "The Trial of Zundel, Freedom of Expression and the Criminal Law" (1985), 44 *C.R.* (3d) 334.

47. Scott, *supra*, note 42, pp. 43-4.

promotion of hatred. Furthermore, section 281.1 and subsection 281.2(2) of the *Code* require the consent of the Attorney General before the institution of proceedings in order to avoid futile and unjustified prosecutions. If these difficulties seem to close the door to prosecutions in relation to hate propaganda, do not the *Zundel* case and *Code* section 177 reopen that door?

III. Defects of Organization, Form, Style and Uncertainty in the Present Law

Having examined the present law, we can see that it has obvious imperfections. No doubt the central issue is: Should these crimes exist at all? And if so, what should they prohibit? This, however, will be analyzed in Chapter Two, Part II, dealing with the role of the criminal law in relation to hate propaganda. In the following discussion, we will examine the defects of organization, form, style and uncertainty in these provisions.

A. Organization, Form and Style

One of the basic principles in the organization of offences in the *Code* is the need to assure easy reference. It seems appropriate to us that a definition that applies to several offences should be found in a separate provision, either at the beginning of the *Code*, or at the beginning of a group of offences to which the definition applies. The definition of the term "identifiable group" applies to all of the offences that specifically relate to hate propaganda and is of fundamental importance in the application of these provisions. However, this definition is found at present in section 281.1 of the *Criminal Code*. It should be put into a separate definition section.

Where in the *Code* should the existing provisions relating to hate propaganda be incorporated? At this time, they are found in Part VI, which is entitled "Offences against the Person and Reputation."

Assuredly, hate propaganda may attack a "person" who is part of a group. However, Parliament has placed the emphasis primarily on statements that are directed against an "identifiable group." For their part, Mewett and Manning submit that the gravamen of these offences is the danger to the tranquility of the state.[48] In our view, in a new Code these offences should be included among offences against society.[49]

---

48. A.W. Mewett and M. Manning, *Criminal Law*, 2nd ed. (Toronto: Butterworths, 1985), pp. 447-8.

49. See also N. Lerner who shows that some statutes claim that these offences under the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* should be viewed as offences against society. N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 2nd ed. (Alphen aan den Rijn, The Netherlands and Rockville, Maryland, U.S.A.: Sijthoff & Noordhoff, 1980), p. 44.

Also, the present forfeiture provision in section 281.3 should not be placed among these crimes. Section 281.3 creates *in rem* proceedings for the seizure and forfeiture of hate propaganda. This Commission has already recommended that it should be removed from the *Code* and incorporated into federal regulatory legislation.[50] On the other hand, subsections 281.2(4) and (5) govern the forfeiture of material after conviction for a hate propaganda offence. While they would be a useful component of post-seizure procedure,[51] it is open to question whether they belong among these crimes or among provisions on sentencing.

B. Uncertainty

Among these offences, several uncertainties must be noted. For one, does the term "communicating statements," found in subsections 281.2(1) and (2), include all types of statements? In its examination of section 13 of the *Canadian Human Rights Act*,[52] the Standing Committee of the House of Commons on Justice and Legal Affairs heard arguments that the existing provisions of the *Criminal Code* did not apply to hate messages recorded and transmitted by telephone.[53] In a recent article, Julian Sher has argued that the present definition of the term "communicating" would not cover certain technical innovations such as computer technology.[54] Does the transmission of hate messages from a data-processing centre to one's computer constitute a "communication" within the meaning of subsection 281.2(7) of the *Criminal Code*?[55] Is a computer considered a means of visual communication? Finally, the Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution has concluded that the definition of the term "statement" included in the *Criminal Code* would not cover all graphic images.[56]

Also uncertain is the notion of "private conversation." At what point does one speak loud enough that a private conversation stops being private? In what circumstances and within the hearing range of how many people does a private conversation stop being

---

50. Law Reform Commission of Canada, *Search and Seizure* [Report 24] (Ottawa: Supply and Services, 1984), pp. 51-3.

51. See: Law Reform Commission of Canada, *Post-Seizure Procedures* [Working Paper 39] (Ottawa: Supply and Services, 1985); and *Disposition of Seized Property* [Report 27] (Ottawa, LRCC, 1986).

52. *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-77, c. 33, s. 13(1):

> It is a discriminatory practice for a person or a group of persons acting in concert to communicate telephonically or to cause to be so communicated, repeatedly, in whole or in part by means of the facilities of a telecommunication undertaking within the legislative authority of Parliament, any matter that is likely to expose a person or persons to hatred or contempt by reason of the fact that that person or those persons are identifiable on the basis of a prohibited ground of discrimination.

53. See W.S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada* (Toronto: Richard DeBoo, 1981), p. 339.

54. J. Sher, "The Propaganda of Hatred" (December 1984), LXIV:744 *The Canadian Forum* 20.

55. "High-Tech Hatred," *Newsweek*, December 24, 1984, p. 20.

56. Report of the Special Committee on Pornography and Prostitution, *Pornography and Prostitution in Canada*, (Ottawa: Supply and Services, 1985), Vol. 1, p. 323 (hereinafter cited as the Fraser Committee).

private?[57] Does it include a conversation between two people in a public place or a conversation among three people meeting in a private place and planning a strategy for the transmission of hate propaganda?[58] Should the term "private conversation" be interpreted in the same way as the term "private communication" found in section 178.1 of the *Criminal Code*?[59]

On another subject, why should a definition of "hate" not be found in the *Criminal Code*? At present, only "hate propaganda" is defined in the *Code*.[60]

With respect to section 177 of the *Code*, it is unclear which statements it catches. What is the meaning of the term "causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest"? The case of *R.* v. *Carrier*[61] interpreted this expression in a narrow way in concluding that a publication must attack established authority. But the decision in *Zundel*[62] broadens the scope of this provision.

It is not surprising that the existing law has certain defects. Some of these offences are relatively young. But it is not desirable that our criminal law should include such defects. Nevertheless, to resolve these difficulties is not sufficient. It is essential that these hate propaganda crimes be re-examined so as to be consistent with the direction that our criminal law ought to take.

---

57. See W.S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, 2nd ed. (Toronto: McClelland and Stewart, 1975), p. 191.

58. See Hage, *supra*, note 19, p. 71.

59. Section 178.1 defines "private communication" in relation to the offence of wiretapping as meaning any oral communication or any telecommunication made under circumstances in which it is reasonable for the originator thereof to expect that it will not be intercepted by any person other than the person intended by the originator thereof to receive it. Central to this definition is the concept of a reasonable expectation of privacy.

60. *Criminal Code*, s. 281.3(8) states: "'Hate propaganda' means any writing, sign or visible representation that advocates or promotes genocide or the communication of which by any person would constitute an offence under section 281.2; ...."

61. *R.* v. *Carrier*, *supra*, note 11.

62. *R.* v. *Zundel*, *supra*, note 46.

CHAPTER TWO

Proposed Reforms

I. Freedom of Expression versus Freedom from Hate: The Search for a Balance

In the context of hate propaganda, the search for the proper role of the criminal law is especially difficult because it forces us to revisit the conflict between freedom of expression and the interest of the state in criminalizing speech injurious to the public. The resolution of this conflict was the most difficult part of our Working Paper entitled *Defamatory Libel*. Undoubtedly, it will be the most difficult part of this Paper as well.

The criminal law has attempted to find a balance between freedom of expression and preserving the peace of society by criminalizing some, but not all words. But the fact that the criminal law draws a balance is no guarantee that the balance chosen is the right one. As we argued in our *Defamatory Libel* Working Paper, the mere fact that the criminal law has prohibited words in the past is not enough to continue to criminalize them.[63] In addition, that the state has outlawed words in the past does not justify its creating new crimes against words. In effect, the state must be shown to have a proper interest in controlling words within the context of modern society. This requires us to look beyond our present law.

In this regard, one useful approach is to look at laws beyond our own borders and at other proposals for reform of our present hate propaganda crimes.

A. International Obligations

(1) The *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*[64]

This Convention, to which Canada is a party, imposes on the member states the obligation to introduce in their national legislation offences to deal with racial discrim-

---

63. *Supra*, note 1.

64. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (1969) 660 U.N.T.S. 212. Canada signed the Convention on August 24, 1966 and ratified it on October 14, 1970. See Secretary of State, *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Sixth Report*

ination.[65] For our criminal law, Article 4 of this Convention is the most important.[66] It requires the member states to prohibit, by their criminal law, the dissemination of hate propaganda and all organizations that incite racial discrimination.[67]

---

of Canada, August 1979 to July 1982 (Ottawa: Supply and Services, 1983). On August 24, 1984, the date for the closing of the thirtieth session of the Committee for the Elimination of Racial Discrimination, 124 states were party to the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. See United Nations, Official Records, General Assembly, *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, Thirty-fourth Session, Supplement No. 18, A/34/18 (New York: 1984), para. 1, p. 1. See also P. Tremblay, "Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale" (1966), 26 *R. du B.* 360. For documentation with respect to the Convention, see D. Vincent-Daviss, "Human Rights Law: A Research Guide to the Literature — Part 1: International Law and the United Nations" (Fall 1981), 14 *N.Y.U. J. Int. L. & Pol.* 209, pp. 278-80.

65. States themselves must take on the main responsibility for their respective territories in the battle against racial discrimination and its elimination. International action can only supplement the actions of the nations concerned and cannot replace national actions. See: H. Santa Cruz, *La discrimination raciale* (New York: United Nations, 1977), p. 45 ff.; N. Lerner, *The Crime of Incitement to Group Hatred: A Survey of International and National Legislation* (New York: World Jewish Congress, 1965), p. 79; T. Buergenthal, "Implementing the U.N. Racial Convention" (1977), 12 *Tex. Int. L.J.* 187.

    Article 4 of the Convention does not apply automatically. Even if the Convention is not incorporated or adopted as part of internal law, Article 4 can only be applied if internal laws are designed to enforce its provisions. See: United Nations, J. Inglés, *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, May 18, 1983, A/Conf./119/10, para. 216, p. 108; and T. Meron, "The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (1985), 79 *Am. J. Int. L.* 283, p. 297. See also N. Lerner, "Curbing Racial Discrimination — Fifteen Years CERD" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 170, pp. 173-4.

66. Article 4 of the *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*:

    > States Parties condemn all propagranda and all organizations which are based on ideas or theories of superiority of one race or group of persons of one colour or ethnic origin, or which attempt to justify or promote racial hatred and discrimination in any form, and undertake to adopt immediate and positive measures designed to eradicate all incitement to, or acts of, such discrimination and, to this end, with due regard to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights and the rights expressly set forth in Article 5 of this Convention, *inter alia*:
    >
    > (a) *Shall declare an offence punishable by law all dissemination of ideas based on racial superiority or hatred*, incitement to racial hatred, as well as all acts of violence or incitement to such acts against any race or group of persons of another colour or ethnic origin, and also the provision of any assistance to racist activities, including the financing thereof;
    >
    > (b) Shall declare illegal and prohibit organizations, and also organized and all other *propaganda* activities, which promote and *incite racial discrimination*, and shall recognize participation in such organizations or activities as an offence punishable by law;
    >
    > (c) Shall not permit public authorities or public institutions, national or local, to promote or *incite* racial discrimination. [Emphasis added]

    Article 4 is the key article in the Convention. For studies of Article 4 of the Convention, see Inglés, *supra*, note 65, and T.D. Jones, "Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the First Amendment" (1980), 23 *Howard L.J.* 429.

    Among the international instruments at the United Nations and other specialized organizations dealing directly or indirectly with hate propaganda, see the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms* (1950) 213 U.N.T.S. 222, Art. 10; *International Covenant on Civil and Political Rights* (1976) 999 U.N.T.S. 172, Art. 20(2); *Universal Declaration of Human Rights*, 217 General Assembly, Third Session, Official Records, Part I, Res. 217A(III), A/810(1948), p. 71, Art. 29; *United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, General Assembly, Eighteenth Session, Official Records, Res. 1904, Supplement No. 15, A/5515, p. 35. For a comparative study of these different legal instruments with respect to the incitement of hatred, see: S.J. Roth, "Anti-Semitism and International Law" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 208, pp. 214-7; and G. Sacerdoti, "New Developments in Group Consciousness and the International Protection of the Rights of Minorities" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 116, p. 131. See also J.J. Seeley, "Article Twenty of the International Covenant on Civil and Political Rights: First Amendment Comments and Questions" (1970), 10 *Va. J. Int. L.* 328.

(2) The *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*[68]

This Convention, to which Canada is also a party, provides a comprehensive definition of genocide. It also provides that the contracting parties will undertake to ensure the compliance on a national level of the Convention's provisions and to impose effective penalties for those found guilty of genocide.[69]

In this regard, the present definition of "genocide" in our *Code* does not include all components of the Convention definition. It omits other acts specified in the Convention, namely, causing serious bodily or mental harm to members of the group, imposing measures intended to prevent births within the group, and forcibly transferring children of one group to another.

---

67. The second group of offences that must be declared punishable pursuant to paragraph (b) of Article 4 of the Convention concern formally established organizations and all other propaganda activities which promote and incite racial discrimination as well as participation in such organizations or activities. When it ratified the Convention, Canada made no reserve and issued no interpretative declaration although no provision implementing paragraph (b) of Article 4 is contained in the *Criminal Code*. See Inglés, *supra*, note 65, para. 185, p. 90; House of Commons, Special Committee on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, *Equality Now* (Ottawa: Supply and Services, 1984), pp. 77-8 (hereinafter cited as *Equality Now*); Secretary of State, *supra*, note 64, pp. 10-6.

    Canada justifies its negative position with respect to the limitation of the right to freedom of association by reference to the *reserve* provided in the preamble for Article 4 of the Convention; that is to say the clause "with due regard" to the principles of human rights. The following is cited from the United Nations *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, *supra*, note 64, para. 266, p. 60:

    > He [the representative of Canada] pointed out that according to the Canadian Government that provision was to be interpreted in the light of the rest of the article, which contained an explicit reference to the principles embodied in the Universal Declaration of Human Rights. Since Article 19 and 20 of that Declaration guaranteed freedom of opinion, expression, and association, it was conceivable that conflicting requirements might arise, in which case an effort would, however, have to be made to reconcile them. That was why Canada considered that each case covered by Article 4(b) had to be examined on its own merits.

68. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (1948) 78 U.N.T.S. 278.

69. *Id.*, Articles II, III and V:

    > *Article II*: In the present Convention, genocide means any of the following acts committed with intent to destroy, in whole or in part, a national, ethnical, racial or religious group, as such: (a) Killing members of the group; (b) Causing serious bodily or mental harm to members of the group; (c) Deliberately inflicting on the group conditions of life calculated to bring about its physical destruction in whole or in part; (d) Imposing measures intended to prevent births within the group; (e) Forcibly transferring children of the group to another group.
    >
    > *Article III*: The following acts shall be punishable: (a) Genocide; (b) Conspiracy to commit genocide; (c) Direct and public incitement to commit genocide; (d) Attempt to commit genocide; (e) Complicity in genocide.
    >
    > *Article V*: The Contracting Parties undertake to enact, in accordance with their representative Constitutions, the necessary legislation to give effect to the provisions of the present Convention and, in particular, to provide effective penalties for persons guilty of genocide or of any of the other acts enumerated in Article III.

B. Foreign Jurisdictions

(1) The *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*[70]

In *Glimmerveen and Hagenbeek* v. *The Netherlands*,[71] the appellant had been convicted of inciting racial discrimination under Article 137(e) of the Dutch Penal Code, prohibiting the expression of views "that incite to hatred against or discrimination of or violent behaviour towards people by reason of their race, religion, or other conviction unless those views are expressed for the purpose of imparting information." He had in his possession, with a view to distribution, a pamphlet advocating the removal of guest-workers, such as Turks, from the Netherlands. The European Commission of Human Rights rejected his argument that this activity fell within the protective ambit of Article 10 of the Convention, which guarantees freedom of expression, subject to certain limitations.[72]

(2) France

In its battle against racism, France punishes the defamation of a person or a group of persons on the grounds of their origin or their belonging or not belonging[73] to an ethnic group, a nation, a race or a specified religion.[74] In order to guarantee more effective

---

70. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, *supra*, note 66.

71. *Glimmerveen and Hagenbeek* v. *The Netherlands* (1979), 4 E.H.R.R. 260. For comments on this decision, see R. Genn, "Beyond the Pale: Council of Europe Measures against Incitement to Hatred" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 189, pp. 202-5.

72. *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, *supra*, note 66, Article 10:

> 1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent states from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.
>
> 2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, or the prevention of disorder or crime, or the protection of health or morals, or the protection of the reputation or rights of others, or preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

For a study of Article 10 of the *Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*, see: D.J. Harris, "Decision on the European Convention on Human Rights during 1979, Freedom of Speech," [1979] *Brit. Year Book Int. L.* 257; and Y. Tajima, "Protection of Freedom of Expression by the European Convention" (1969), 2 *R.D.H.* 658.

73. As for the expression "not belonging," Foulon-Piganiol emphasized the example of the Second World War where [TRANSLATION] "not belonging to the Aryan race was sufficient justification for the execution of many Frenchmen." See Y. Madiot, *Droits de l'homme et libertés publiques* (Paris: Masson, 1976), p. 239.

74. For an examination of the defamation of groups in French law, see: Belton, *supra*, note 6, pp. 314-42; J. Peytel, "Group Defamation in France" (1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 64; R. Vouin, "La répression de la discrimination raciale en France" (1972), 5 *R.D.H.* 177; J. Foulon-Piganiol, "Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale" (1970), *D.* 163; J. Foulon-Piganiol, "Réflexions sur la diffamation raciale" (1970), *D.* 133; Madiot, *id.*, p. 238 ff.; H. Blin, "L'évolution législative et jurisprudentielle du droit de la presse au cours des vingt ou trente dernières années" in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel* (Paris: Éditions A. Pedone, 1975), Vol. II: Études de science pénale et de politique criminelle, pp. 314-6; C. Entrevan, "Réflexions sur le problème des discriminations humaines dans le système démocratique français" in *Annuaire français des droits de l'homme* (Paris: Éditions A. Pedone, 1974), Vol. 1, pp. 180-245.

suppression of racial defamation, the Act of July 1, 1972,[75] specifies that the crimes of defamation and racial insult no longer require the deliberate intention to incite hatred against a group of citizens or residents in the country.[76] It is sufficient that the objective result — that the victim be defamed or insulted — exist for the offence to be committed.[77]

(3) The Federal Republic of Germany

With its strong commitment to redress the crimes of Nazi Germany, the Federal Republic of Germany has strengthened its penal law to attack the spreading of hatred in many ways. The West German Penal Code prohibits not only genocide,[78] but also attacks on human dignity by inciting hatred against parts of the population in a manner tending to breach the peace,[79] the organization of unconstitutional political parties[80] (such as neo-Nazi parties), the dissemination of propaganda from these parties,[81] and the importation, storage, or use of emblems of these parties.[82] It also prohibits writings that describe acts of violence against human beings in a cruel or otherwise inhuman manner which express glorification or the harmlessness of such acts of violence, or that instigate to race hatred.[83]

---

75. Law No. 72-546, July 1, 1972, (D. 1972, 328). This law modified, first of all, the law of 1881 on the press (D.P. 81, 4.65). It punishes by way of an imprisonment of one month to one year and a fine of 2,000 to 300,000 francs (or either of these punishments alone), anyone who [TRANSLATION] "incites discrimination against or hatred or violence towards a person or group of persons because of their origin or their belonging or not belonging to an ethnic group, a nation, a race or a specified religion." This statute provides punishment for cases where there is incitement to hatred but where there has been no defamation or insult. It is also aimed at an attack directed at a physical person alone: such a person may join the proceedings as a civil party.

    The statute allows any association — which (1) was regularly established for five years before the date when the facts allegedly occur and (2) according to its constitution, is formed to combat racism — to exercise the right accorded to a civil party in cases of provocation, defamation or racial insult. Furthermore, this extension of the rights of association is accompanied with the possibility of ordering the administrative dissolution (law of January 10, 1936) of groups that incite discrimination or even that promote racist ideas.

    Also, the law of 1972 creates new offences. Section 187-1 of the Penal Code punishes "any person invested with public authority or any citizen in charge of a ministry of the public service" who, for discriminatory reasons, refuses to another person the benefits of a right that they could claim. Sanctions are also provided when the discrimination is made in relation to an association, a society or its members. Section 416 of the Penal Code punishes discrimination in supplying goods or services to a person, an association or a society as well as discrimination in the refusal to hire, the firing or the offering of employment subject to a discriminatory condition. For comments on this law, see: J. Foulon-Piganiol, "La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1er juillet 1972)" (1972), *D.* 26; Entrevan, *id.*, pp. 194-200.

76. See *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2nd ed. (Paris: Relais, 1981), Vol. II: Jurisprudence générale Dalloz, "Diffamation," Section 4, Article 1, pp. 37-8.

77. Inglés, *supra*, note 65, para. 95, pp. 52-3.

78. The West German Penal Code, s. 220a.

79. *Id.*, s. 130.

80. *Id.*, s. 84. On this subject, see also P. Franz, "Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison" (Winter 1982), 5 *Bost. Coll. Int. & Comp. L. Rev.* 51.

81. The West German Penal Code, s. 86.

82. *Id.*, s. 86a.

83. *Id.*, s. 131.

In addition, the denial of the Holocaust is punishable as an insult to every Jew living in Germany.[84] By recent amendment, cases of insult on persons who died as victims of the National Socialist or any other violent and arbitrary or criminal regime will be officially prosecuted, unless members of the victim's family object.[85]

(4) The United Kingdom

Section 6 of the *Race Relations Act 1965*[86] prohibited incitement to racial hatred where there was the intent to stir up hatred.[87] Prosecutions under this section were brought not only against some members of the National Socialist Movement, but also against Black Power advocates for using words that would stir up hatred against Whites.[88] The *Race Relations Act 1976*[89] replaced this offence with a new offence of incitement to racial hatred by enacting a new section 5A of the *Public Order Act 1936*. It provides:

> (1) A person commits an offence if —
>
> (a) he publishes or distributes written matter which is threatening, abusive or insulting; or
>
> (b) he uses in any public place or at any public meeting words which are threatening, abusive or insulting,
>
> in any case where, having regard to all the circumstances, hatred is likely to be stirred up against any racial group in Great Britain by the matter or words in question.

Thus, the new offence does not require an intent to stir up racial hatred. A variety of defences also exist relating to written statements, and fair reports of Parliament and court proceedings. The consent of the Attorney General is required to prosecute.[90]

---

84. Pursuant to a judgment passed by the Federal Court of Justice (Bundesgerichtshof) on September 18, 1979.

85. See Press Release, Embassy of the Federal Republic of Germany, "Federal Republic of Germany Prosecutes Denial of Nazi Holocaust," Ottawa, March 18, 1985.

86. *Race Relations Act 1965*, c. 73, s. 6 (U.K.). For an analysis of this law, see: D.G.T. Williams, "Racial Incitement and Public Order," [1966] *Crim. L.R.* 320; M. Partington, "Race Relations Act 1965: A Too Restricted View?" [1967] *Crim. L.R.* 497; B.A. Hepple, "Race Relations Act 1965" (1966), 29 *Modern L. Rev.* 306, pp. 313-4.

87. Subsection 6(1) of the *Race Relations Act 1965*, *supra*, note 86, provided:

> (1) A person shall be guilty of an offence under this section if, with intent to stir up hatred against any section of the public in Great Britain distinguished by colour, race, or ethnic or national origins —
>
> (*a*) he publishes or distributes written matter which is threatening, abusive or insulting; or
>
> (*b*) he uses in any public place or at any public meeting words which are threatening, abusive or insulting, being matter or words likely to stir up hatred against that section on grounds of colour, race, or ethnic or national origins.

88. For some commentaries, see A. Dickey, "Prosecutions under the Race Relations Act 1965, s. 6 (Incitement to Racial Hatred)," [1968] *Crim. L.R.* 489.

89. *Race Relations Act 1976*, c. 74, s. 70 (U.K.).

90. See Smith and Hogan, *supra*, note 5, pp. 744-5; U. Prashar, "Race and Law," in Ministry of State, Multiculturalism Directorate, *Race Relations and the Law* (Ottawa: Supply and Services, 1983), p. 105. See also Inglés, *supra*, note 65, para. 130, p. 65.

England has also created a specific crime of genocide, with the definition of genocide being that set out in Article II of the Genocide Convention.[91]

(5) The United States

(a) *Present Law*

In the 1952 case of *Beauharnais* v. *Illinois*,[92] the United States Supreme Court in a narrow five-to-four decision upheld the conviction of a person under section 224a of the Illinois Criminal Code which provided that it was a crime to exhibit in any public place a publication which "portrays depravity, criminality, unchastity, or lack of virtue of a class of citizens, of any race, color, creed or religion" when it "exposes the citizens of any race, color, creed or religion to contempt, derision, or obloquy or which is productive of breach of the peace or riots ...."[93] In upholding the validity of this legislation, the court argued that libelous statements did not fall within the realm of constitutionally protected free speech.

However, in *Garrison* v. *Louisiana*,[94] the Supreme Court held that some libelous statements caught by state criminal libel statutes did fall within the realm of constitutionally protected free speech. As a result, the validity of the *Beauharnais* decision as it would affect present penal laws has been thrown into serious doubt. As one American commentator recently argued about group libel offences in state penal laws:

> Criminal defamation laws are virtually non-existent in modern criminal codes. But even if such statutes exist and are constitutional, no group libel is actionable under them unless it presents a "clear and present danger" of causing violence. It is thus evident that if criminal actions for group defamation can be maintained at all, they will only be permitted under a very limited set of circumstances.[95]

---

91. *Genocide Act 1969*, c. 12 (U.K.).

92. *Beauharnais* v. *Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). Beauharnais accused Blacks of being rapists, robbers, knife and gun carriers, marijuana smokers and mongralizers of the white race. For comments on group libel in the United States, see: L.P. Beth, "Group Libel and Free Speech" (1955), 39 *Minn. L. Rev.* 167; J. Tanenhaus, "Group Libel" (1950), 35 *Cornell L.Q.* 261; Kelly, *supra*, note 3; "Group Libel Laws: Abortive Efforts to Combat Hate Propaganda" (1952), 61 *Yale L.J.* 252; "Statutory Prohibition of Group Defamation" (1947), 47 *Colum. L. Rev.* 595; "Developments in the Law of Defamation" (1956), 69 *Harv. L. Rev.* 875; J.J. Brown and C.L. Stern, "Group Defamation in the U.S.A." (1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 7; "Race Defamation and the First Amendment," *supra*, note 5; "Group Libel and Criminal Libel" (1952), 1 *Buffalo L. Rev.* 258; J. Pemberton, "Can the Law Provide a Remedy for Race Defamation in the United States?" (1968), 14 *N.Y.L.F.* 33; "Supreme Court, 1951 Term" (1952), 66 *Harv. L. Rev.* 89, pp. 112-4; H. Arkes, "Civility and the Restriction of Speech: Rediscovering the Defamation of Groups," [1974] *Sup. Ct. Rev.* 281; "Group Vilification Reconsidered" (1979-80), 89 *Yale L.J.* 308.

93. Ill. Rev. Stat., c. 38, s. 471 (1949) (repealed 1961). The Illinois Legislature has revised its group libel statute. The provision is now drafted as follows:

> (a) a person commits criminal defamation when, with intent to defame another, living or dead, he communicates by any means to any person matter which tends to provoke a breach of the peace. *Ill. Ann. Stat.*, c. 38, s. 27-1 (Smith-Hurd, 1969).

94. *Garrison* v. *Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

95. E.T. Marcus, "Group Defamation and Individual Actions: A New Look at an Old Rule" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 1532, p. 1547.

(b) *Proposed Reform*

The American Law Institute, in a tentative draft, proposed the following hate propaganda offence:

> A person is guilty of a misdemeanor if, with purpose to foment hatred against [anyone or against] any racial, national, or religious group, or to intimidate, he publicly:
>
> (a) disseminates any derogatory falsehood, with knowledge of the falsity; or
>
> (b) suggests, recommends, justifies, or participates in any concerted unlawful action; or
>
> (c) makes indecent or abusive utterance, gesture, or display; or
>
> (d) participates in any demonstration, procession, or gathering in disguise or to perform any intimidating act.
>
> As used in this section, intimidate means to cause anyone to fear for the safety of his person, property, business, or civil rights. Activity under paragraphs (a), (b), and (c) is public if it is done by means of radio, television, newspaper, magazine, handbill, or other multiple-reproduced communication, or by any mechanical device for amplifying sound for large audiences, or by any exhibition or performance open to the public or any substantial segment of the public, or if it is directed indiscriminately to hearers or viewers in any public place. Activity under paragraph (d) is public if it occurs in any public place or in any private place open to public observation.[96]

Thus, this tentatively proposed offence required a purpose to foment hatred and a stringent element of publicity, as well as protecting truthful statements. Even so, the American Law Institute was wary about the usefulness of a group libel offence. In fact, this section was not included in the *Proposed Official Draft of the Model Penal Code*.

C. Other Proposals for Reform of Our Hate Propaganda Crimes

The Special Parliamentary Committee Report on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, *Equality Now*,[97] recommended: (1) the removal of the "wilfully" requirement from subsection 281.2(2), so that it would no longer be necessary to prove that the accused intended to promote hatre; (2) the removal of the requirement of the consent of the Attorney General to a prosecution under subsection 282.2(2); and (3) clarifying that the burden of proof is on the accused to raise the defences provided for by that subsection.[98] The Special Committee on Racial and Religious Hatred[99] of the

---

96. The American Law Institute, *Model Penal Code*, Tentative Draft No. 13 (Philadelphia: ALI, 1961), Section 250.7, pp. 41-2.

97. *Equality Now*, *supra*, note 67.

98. *Id.*, pp. 70-1.

99. Canadian Bar Association, Special Committee on Racial and Religious Hatred, *Hatred and the Law* (1984).

Canadian Bar Association differed from the conclusions in *Equality Now* in two respects. First, it believed that requiring the consent of the provincial Attorney General could prevent frivolous prosecutions. Second, it believed that two of the existing defences to a charge under subsection 281.2(2) should be abolished. These were: (1) a good-faith opinion on a religious subject; and (2) a reasonable belief in the truth of the statements if they were relevant to the public interest and were discussed for the public benefit.[100] The Fraser Committee[101] also recommended the removal of the "wilfully" requirement and the consent of the Attorney General. But, unlike the other reports, it advocated enlarging the definition of "identifiable group" to include the categories of sex, age, and mental or physical disability, at least insofar as the definition applies to section 281.2 of the *Code*.[102]

While these laws and these proposals are useful to us in some degree, those who have either passed laws or have proposed reforms in this area have not adequately considered the fundamental principle of restraint which must shape our criminal law. This principle was put forth by this Commission in *Our Criminal Law*[103] and was subsequently approved by the federal government in *The Criminal Law in Canadian Society*.[104] Clearly, to draw proper boundaries for crimes of promoting hatred, we have to consider this principle.

II. Freedom of Expression versus Freedom from Hate: The Balance

Although recently created, our hate propaganda crimes are still problematic. On the one hand, they have been generally accepted by the Canadian public — so much so, in fact, that recent public reports advocate their expansion. However, ever since their creation, these crimes have been criticized by some civil libertarians as a "retrograde" step, as unjustifiable in a democratic society.

Should these crimes exist at all? Or, put another way: If there were no previously existing crimes of hate propaganda, would it be necessary to create them?

No activity should be made a crime without good reason, because making crimes involves repression and punishment. As Jeremy Bentham observed, "[a]ll punishment is

---

100. *Id.*, pp. 13-4.

101. Fraser Committee, *supra*, note 56.

102. *Id.*, pp. 317-22.

103. Law Reform Commission of Canada, *Our Criminal Law* [Report 3] (Ottawa: Supply and Services, 1976).

104. Government of Canada, *The Criminal Law in Canadian Society* (Ottawa: 1982).

mischief: all punishment in itself is evil."[105] It causes suffering to the person being punished, loss of liberty to everyone in society, and great expense to the taxpayer. Hence the need to justify the use of criminal law by those who wish to use it.

However, crimes of hate propaganda need special justification. Prohibiting the promotion of hatred conflicts with freedom of expression,[106] perhaps the most fundamental value in our society. As Thomas Berger has stated: "Freedom of speech is in a sense man's calling, the necessary condition of all other freedoms."[107]

However, even freedom of expression is not absolute. For example, our criminal law has justifiably recognized that it is a crime to counsel another to commit a crime, to commit perjury, to commit contempt of court, and to defraud by deceit. As Oliver Wendell Holmes remarked: "The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre, and causing a panic."[108]

On the other hand, our criminal law has refused to prohibit expressions which, although hurtful, are not seriously harmful. For example, not every vulgar abuse or insult is a crime. Instead, crimes which do catch insults are restrictively defined as to place or person — such as causing a disturbance in or near a public place, or the type of contempt of court known as scandalizing the court. There is just one exception to this — our present

---

105. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation* (Oxford: Clarendon Press, 1879), p. 170.

106. Recently, some have argued that expressing hatred against an identifiable group is not part and parcel of the "freedom of expression" guarantee of paragraph 2(*b*) of the Charter. Nowhere is this more clearly stated at present in Canadian law than by Quigley J. in *R.* v. *Keegstra*, *supra*, note 37, p. 268. He initially concludes:

> '[F]reedom of expression' as used in s. 2(*b*) of the Charter does not mean an absolute freedom permitting an unabridged right of speech or expression. In particular, I hold that s. 281.2(2) of the *Criminal Code* does not infringe upon the freedom of expression granted by s. 2(*b*) of the Charter.

If promoting hatred against an unidentifiable group is not part of "freedom of expression" from the outset, the effect is that it is unnecessary to determine whether crimes of hate propaganda are a demonstrably justifiable reasonable limit upon freedom of expression by resort to section 1 of the Charter.

With all due respect, we disagree with this approach. Freedom of expression is not defined restrictively by paragraph 2(*b*) of the Charter. Therefore, any kind of expression should fall within its ambit. This includes expressions made in public or in private, expressions of reason, expressions of passion — love as well as hate — expressions which help, and expressions which harm. To argue that some expressions are not part of the "freedom of expression" guarantee of paragraph 2(*b*) of the Charter could result in a patchwork of different degrees of protection for different kinds of speech, devoid of consistency and principle. How are courts to distinguish between expressions which do not initially fall within the "freedom of expression" guarantee, and those which do, but can be curtailed by resort to the reasonable limitation clause of section 1 of the Charter? Could not one avoid trying to meet the criteria imposed by the section 1 limitation clause by holding that the expression is not protected by paragraph 2(*b*)?

Finally, this approach is unnecessary. While it is used by the United States Supreme Court (for example, for hate propaganda in the now arguably outdated case of *Beauharnais* v. *Illinois*, *supra*, note 92, there is a necessary reason for doing so: there is no limitation clause in its Bill of Rights. But section 1 of the Charter permits demonstrably justifiable reasonable limits upon any Charter freedom or right, including freedom of expression. Therefore, there is no need to resort to the argument that "freedom of expression" means only those which are constitutionally protected.

107. T. Berger, *Fragile Freedoms* (Toronto: Clarke, Irwin, 1981), p. 134.

108. *Schenck* v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

crime of defamatory libel which covers insult to any person. But the original rationale for this crime was the belief that libels would likely cause a breach of the peace. This rationale is now archaic, and for this among other reasons, we have recommended abolition of this crime.

In effect, the general principle underlying crimes which limit freedom of expression seems to be that words should be prohibited only when they cause or threaten to cause serious harm, such as personal injury (for example, incitement to murder), damage to an important institution (for example, perjury or contempt of court, which damages the criminal justice system), and property loss (for example, fraud).

Do our crimes of hate propaganda fall within this general principle? There are three kinds of crimes to examine here: (1) crimes dealing with genocide; (2) crimes dealing with promoting hatred; and (3) the crime of publishing false news.

A. Genocide

Genocide is so repulsive an act that the United Nations has adopted the *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide* (hereinafter referred to as the Genocide Convention) which prohibits genocide, and Canada has ratified it. The Convention divides the crime of genocide into two parts. First, there is the act of genocide itself. Second, there are means by which the act of genocide is furthered — for example, attempting, incitement, and conspiracy. Had a crime of genocide been created, the counselling provisions of the *Code* would have covered incitement to genocide. Instead, the Cohen Committee believed that the act of genocide was adequately covered by existing crimes (for example, murder, assault) and proposed only a crime of advocating or promoting genocide in order to fill a perceived gap in the law.[109] For example, others later argued that inciting to commit murder would probably not cover incitement to genocide, because murder relates to killing specific individuals, not destroying a group.[110] The result is that the advocacy or promotion of genocide is made a specific crime by section 281.1 of the *Code*, whereas the present crime of murder would cover the killing of a person who was the victim of genocide.

---

109. The Cohen Committee, *supra*, note 10, states at page 62:

> [B]ecause existing Canadian law already forbids most substantive aspects of genocide in that it prohibits homicide or murder *vis-à-vis* individuals, ... we deem it advisable that the Canadian legislation which we urge as a symbol of our country's dedication to the rights set out in the Convention should be confined to "advocating and promoting" genocide, acts which clearly are not forbidden at present by the *Criminal Code*.

110. This point was made by J.A. Scollin, Director, Criminal Law Section of the Department of Justice, during the Proceedings of the Senate Committee on Legal and Constitutional Affairs, *First Proceedings on Bill S-21*, No. 1 (February 13, 1969), p. 11 (the Senate's proposed hate propaganda Bill):

> My position is that there is no offence just now under the *Criminal Code* that I, as a prosecutor, could frame a proper valid charge under. In respect to an individual or the identifiable individual there might be incitement or conspiracy and there might be a charge. There is no charge in advocating or promoting genocide. In law there would be no charge.

Should this Commission recommend in this Paper the creation of a crime of genocide as defined by the Genocide Convention?

The act of genocide, involving the actual destruction of all or part of a group, is conceptually distinct from crimes of inciting or promoting hatred. Genocide is usually an act of extreme physical violence — murder. By contrast, crimes of promoting hatred involve the use of words or images which at most create the risk of physical violence. Accordingly, a crime of genocide could well be treated differently from these crimes. For example, were our new Code to contain a crime of genocide, one could strongly argue that it should have universal application, like piracy.[111] On balance, then, this Commission believes that any decision whether or not to create a crime of genocide should not be made in this Paper, but should be deferred for future consideration.

Unlike a crime of genocide, the crime of advocating or promoting genocide is clearly a crime of promoting hatred. The Cohen Committee was right in persuading Parliament that this activity should be criminalized. But the present definition of this crime gives rise to two concerns. First, is the definition of "identifiable group" too narrow? Second, should the definition of the act of "genocide" be expanded to include the entire definition given by the Genocide Convention?

Regarding the first question, we shall recommend later on in this Paper that the definition of "identifiable group" should be expanded for the other crimes of promoting hatred. Therefore, two options are available: (1) restrict the definition of "identifiable group" to those groups presently protected; or (2) expand the definition to include those groups to be protected by our other crimes of promoting hatred. For consistency, these crimes should have the result of protecting the same groups. Therefore, we recommend the latter option.

Regarding the second question, expanding the present definition of "genocide" to include the entire definition given by the Genocide Convention would catch causing serious bodily or mental harm to members of the group, imposing measures to prevent births within the group, and forcibly transferring children of the group to another group. Concern was expressed during the course of consultations that such an expansion would be too vague and could have a chilling effect on freedom of expression. For example, would advocates of abortion or therapeutic sterilization find themselves at risk, given that the proposed offence would protect groups identifiable on the basis of gender, age, or mental or physical disability? We agree that this crime should be clearly defined to avoid such uncertainties. Therefore, we recommend that the present definition of "genocide" be retained.

In effect, the present definition of the crime of advocating or promoting genocide should be substantially unchanged. However, one modification to the present definition is necessary: the word "urging" should be added to the phrase "advocating or pro-

111. For example, this Commission's Working Paper 37, *Extraterritorial Jurisdiction* (Ottawa: Supply and Services, 1984), discusses the crime of genocide in the chapter relating to offences committed outside Canada by anyone.

moting." This change is recommended for two reasons. First, it ensures that the crime clearly applies to catch abstract advocacy in support of genocide as well as more forcefully urging people to commit genocide. Second, the wording of the crime is made more consistent with a related aspect of the new Code now being prepared by this Commission — "furthering" a crime, in which the word "urging" is also to be used.

Should the offence of advocating genocide retain the requirement of the consent of the Attorney General to begin a prosecution? This issue will be examined later in relation to the crime of wilfully promoting hatred. For consistency, our recommendation there also applies to this crime.

B. Publishing False News

While advocating genocide is the most harmful of the hate propaganda crimes, publishing false news is surely the least. Section 177 prohibits the wilful publication of a statement, tale or news which the publisher knows is false and that causes or is likely to cause injury or mischief to a public interest.

In principle, it is justifiable for the criminal law to catch conduct which causes public alarm. Suppose someone were to broadcast falsely that a nuclear missile was heading towards Ottawa. One can easily imagine the resulting fear and panic that would engulf the community. This poses such a threat to public order that it should be made criminal. However, while there is a need for a crime to cover causing public alarm, is section 177 the right crime for the job?

In our view, no. Section 177 is flawed in two major ways — it is anachronistic and too broad.

Clearly it is anachronistic. Indeed, the offence is derived from the quasi-seditious offence, *De Scandalis Magnatum*, first put into the English statute books in 1275. This was created in order to protect the great nobles of the realm from slanderous songsters.[112] Since then, it has developed into what it is now.

It is too wide, because it is too vague. It is too vague because it catches any statement which the publisher knows is false, if likely to cause "mischief to a public interest." But what is "mischief to a public interest?" While this phrase may appear to catch only harmful conduct, the appearance is deceptive. Unfortunately, the reported prosecutions

---

112. Veeder, in "The History and Theory of the Law of Defamation, Part 1" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546, at page 554, states about the statutes creating the offence, *De Scandalis Magnatum*:

> We know from their context and from contemporaneous history that their immediate cause is to be found in the plain speaking and homely wit of the Lollard rhymes current in the days of the peasants' revolt. The political songs current in the Plantaganet times sounded the voice of the people in public affairs. Indeed, for centuries the song and ballad writers were the only spokesmen of the people in political affairs.

under this offence, save for the *Zundel* case, seem unwarranted: for example, a conviction of an angry store owner for saying that Americans were not wanted in Canada;[113] a trial conviction (later overturned on appeal) of an underground newspaper printing a false story that the mayor of Montréal was killed by a dope-crazed hippie.[114]

On the other hand, does section 177 serve a useful purpose when used to prosecute persons like Zundel? Surely not. Using section 177 for this purpose is inappropriate for two reasons. First, denials of the Holocaust should be dealt with for what they are — a form of hate propaganda. Second, on principle, if Parliament intends that promoting hatred be dealt with in a certain way and creates safeguards such as the requirement of the Attorney General's consent to avoid an abusive application of the criminal law, a private prosecutor should not be able to avoid these safeguards by offence shopping elsewhere.

We therefore recommend that section 177 should be abolished and that, while there may well be a need for a restrictive crime of causing public alarm, it should be defined in such a manner that it could never be used to prosecute hatemongers.

C. Crimes of Promoting Hatred

Unlike advocating genocide and publishing false news, crimes of promoting hatred pose major problems. The crimes of promoting hatred referred to here are those two offences created in the present section 281.2 of the *Code*: (1) inciting hatred against any identifiable group where such incitement is likely to lead to a breach of the peace; and (2) the wilful promotion of hatred against any identifiable group.

These crimes of promoting hatred raise four major issues: (1) Do such expressions of hatred cause a substantial enough harm to warrant repression by the criminal law? (2) Assuming the need to create these offences, should they extend to individuals as well as groups? (3) Which groups should these crimes protect? (4) What restrictions should be placed on these crimes?

(1) The Harm Involved

Because the harm involved relates to hatred, it is necessary to understand what hatred means. As previously noted, there is no *Code* definition of "hatred." But this is not a defect in this legislation. The ordinary meaning of the word will suffice. Hatred is not mere passive dislike. *The Shorter Oxford Dictionary* defines hatred to include "active dislike, detestation; enmity, ill will, malevolence." *Le petit Robert* defines "la haine" as "sentiment violent qui pousse à vouloir du mal à [quelqu'un] et à se réjouir du mal qui lui arrive." In effect, hatred is enmity.

---

113. *R.* v. *Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T. S.C.).

114. *R.* v. *Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Qué. C.A.).

Promoting enmity is clearly dysfunctional to society. It stirs up hatred among social groups. It can even lay the foundation for physical attacks upon persons or property. Preventing such harm justifies the use of the criminal law.

(2) Individuals or Groups?

Clearly, promoting hatred about an individual can cause serious harm. For example, he or she could be the victim of character assassination. Arguably, a consistent approach in dealing with the promotion of hatred requires that protection should extend to individuals as well as groups. Indeed, some have argued that an expansion of some kind is needed to catch those who deliberately avoid coming within the hate propaganda crimes by directing their hostility against something less than entire groups.[115]

Forceful as this argument is, we do not accept it, for three reasons. First, less social damage is caused when the attack is made upon a specific individual rather than a group. Second, a person would not be able to escape liability when the attack, ostensibly against a subgroup, is in fact an attack against the group itself.[116] Third, unlike an attack upon a group, a hateful attack upon an individual's reputation gives rise to an adequate civil remedy: a defamation suit. Given these factors, it is consistent with the fundamental principle of using the criminal law with restraint to continue to restrict these crimes to protect only identifiable groups.

(3) Which Groups?

In a principled *Code*, one would expect that the groups chosen for protection would be selected on the basis of principle, rather than on an *ad hoc* basis.

Clearly, one would not want to protect all identifiable groups for two reasons. First, it would create a vague offence. Potentially, the number of groups within any society is infinite. Any "identifiable group" would include not just socially important groups (for example, religious groups), but also socially unimportant groups (for example, all fans of "Star Trek"). Second, such an expansion would infringe unjustifiably upon freedom of expression. Making a crime that could conceivably catch challenging and hostile views made against political or economic groups intrudes into the heated discussions on matters of public interest so vital to the health of any democratic society.

---

115. See, for example, the statement by The Honourable Roy McMurtry, Attorney General for Ontario to the Parliamentary Special Committee on Participation of Visible Minorities in Canadian Society, October 20, 1983. He argues, at page 11, that comments directed solely to a certain segment of the racial or religious group would not be caught even though the effect would tend to produce hatred against the entire group; for example, the word "zionist." This argument is referred to in *Equality Now*, *supra*, note 67, at page 71.

116. *Equality Now*, *supra*, note 67, p. 71, states:

> The Committee does not believe that the Criminal Code has to be amended to deal with this problem. This type of material is subject to criminal sanction because it defiles an identifiable group in a general sense and not because it attacks all members of an identifiable group. Even if such hate propaganda purports to caricature only a part of a racial group, it should still be subject to prosecution under the present provisions of the Criminal Code in appropriate circumstances.

Accordingly, these crimes should protect only those socially important groups which are an integral part of the Canadian social fabric and which are most capable of being harmed by hatred directed against them.

Which groups are these? Certain groups have been harmed by hate propaganda in the past — for example, ethnic, religious, or racial groups. Others might be harmed in the future — for example, the mentally handicapped, or the elderly.

Unfortunately, while the principle seems obvious, it will not do to create an open-ended definition of "identifiable group" in line with this principle; for then the crime becomes too vague. As a result, we are forced to rely upon an *ad hoc* list of groups which fall within this principle.

The question then is, Which list? The present one, or another? An excellent way to select criteria for protecting groups from hatred is to choose criteria which are clearly prohibited grounds of discrimination under Canadian law. While such criteria can be found in various human rights codes,[117] the strongest statement of protection from discrimination is found in subsection 15(1) of the Charter. Although open-ended, this guarantees equality rights to individuals characterized by the specifically enumerated criteria of "colour, race, ethnic origin, religion, national origin, sex, age, or mental or physical disability." If the Charter protects against individual discrimination on the basis of these specific criteria, it is entirely reasonable that groups characterized by the same criteria be protected by the criminal law when they are subjected to vicious expressions of hatred.

Of the new criteria for identifying groups proposed here, the most notable is probably that of "sex." No doubt, judges will encounter two major arguments in this regard: first, that the expanded crime will now catch pornography; and second, that it will now catch hatred directed against homosexuals and lesbians.

While not binding on judges, our view is that our proposal to protect sexual groups should have two qualifications. First, the recommended inclusion of sexual groups is not proposed to combat the evil inherent in pornography. For several reasons, we believe that the evil of pornography is best dealt with by way of clearly defined pornography offences, not by way of crimes of hate propaganda.[118] Instead, only the most vicious kinds of woman hating and, incidentally, man hating — that is, those done intentionally — will be caught.

Second, groups identifiable on the basis of "sexual orientation" are not intended to be included within the "sex" category. But should such groups be protected? Admittedly, "sexual orientation" is not specifically set out within subsection 15(1) of the Charter. However, the open-ended provisions of subsection 15(1) arguably do protect against discrimination on the basis of "sexual orientation." Indeed, the recent Report of the Par-

---

117. A list of Canadian human rights legislation is provided in Schedule A to this Paper.

118. These reasons are outlined in Schedule B to this Paper.

liamentary Committee on Equality Rights supports this view.[119] But more important, in recent history, homosexuals have been subjected to hateful attacks which led to their physical harm. After all, homosexuals were also victims of the genocidal policies of the Nazis.[120] Nonetheless, we would welcome further public feedback before making a specific recommendation on this issue.

(4) What Restrictions?

In one sense, the present crimes of promoting hatred in section 281.2 are unnecessarily restricted. Both crimes prohibit the "communication" of "statements" which promote hatred. While these terms are broadly defined, this Paper has already pointed out that there is uncertainty as to whether they would cover all means of communicating hatred — for example, hate propaganda displayed on a computer screen, or all forms of visual representations.[121] Since what is relevant is the promotion of hatred, all means of promoting hatred should be clearly covered.

The substance of these crimes, however, must surely be defined restrictively. This is because they must not infringe unreasonably upon the fundamental values of freedom of expression, truth, and privacy.

The first *Code* offence to be examined here is inciting hatred in a public place where such incitement is likely to lead to a breach of the peace. Two major issues arise. First, should this crime exist at all, or should all matters dealing with breaches of the peace be dealt with exclusively by offences designed to protect public order — that is, causing a disturbance, unlawful assembly, or riot? Second, assuming that this crime should exist, should it be defined in a more precise manner?

What is this crime primarily designed to prevent — a breach of the peace, or a specific kind of promoting hatred against any identifiable group? While both elements are present, our view is that the latter element is the more dominant. Therefore, this crime should continue to exist as part of the package of offences designed to combat hate propaganda.

At the same time, however, the present crime is defective by its failure to be more precise in its *actus reus* and *mens rea* requirements.

---

119. Report of the Parliamentary Committee on Equality Rights, *Equality for All* (Ottawa: Supply and Services, 1985), p. 29. Some legal commentators have also reached the same conclusion. See, for example, J.E. Jefferson, "Gay Rights and the Charter" (1985), 43:1 *U.T. Faculty L.R.* 70; and N. Duplé, "Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise" (1984), 25 *C. de D.* 801.

120. For a harrowing account of the persecution of the homosexuals of Western Europe under the Nazis, see F. Rector, *The Nazi Extermination of Homosexuals* (New York: Stein and Day, 1981). Homosexuals were required to wear triangular pink cloth patches in the concentration camps for identification, and were treated savagely. Rector estimates that at least 500,000 gays died in the Holocaust (p. 116). Yet, he points out that this genocide of homosexuals "still lies buried as a virtual historical secret" (p. 111).

121. See *supra*, page 15 of this Working Paper for a discussion of possible limitations of the present definition.

There are three problems with the *actus reus*. First, the crime requires that a person "incite" hatred. A better word is "fomenting," to be discussed later in relation to the crime of wilfully promoting hatred.

Second, the incitement must be one which is likely to cause a "breach of the peace." This phrase, used in the context of police powers of arrest, has already been criticized by this Commission because of its vagueness.[122] It should no longer be used to define this offence. Instead, a more precise definition of the harm to be prevented is needed. Our tentative view is that fomenting to hatred in a public place should be made criminal only when it is likely to cause harm to a person or damage to property.

Third, while this crime covers only a statement communicated "in a public place" which is likely to cause a breach of the peace, these statements in theory can include those made in a private conversation.[123] Broader protection for privacy must be provided. Only fomenting hatred "publicly" in a public place should be made criminal.[124]

The *mens rea* component is vague. On the one hand, Martin J.A. in the *Buzzanga* case argued in *obiter* that this offence seemed to be one of recklessly inciting.[125] On the other hand, this Commission has argued that, in the context of secondary liability for crimes, inciting should have the restricted *mens rea* of intent or purpose, not recklessness.[126] Acting consistently with the latter view, we believe that the crime of fomenting hatred in a public place should have the restricted *mens rea* of intent or purpose to foment hatred.

The great difficulty with this offence is defining with reasonable certainty when a "heckler's veto" situation could arise. To what extent should a person be punished

---

122. Law Reform Commission of Canada, *Arrest* [Working Paper 41] (Ottawa: LRCC, 1985), pp. 88-9.

123. During the proceedings of the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs on the proposed hate propaganda legislation, a member of the Committee, Mr. Hogarth, argued that if the hatred was expressed in a public place but in a private conversation, it should not be made a crime. Then Justice Minister John Turner responded:

> [T]he gravamen of the offence is the incitement likely to lead to a breach of the peace .... The breach of the peace might arise from an escalation of a private conversation in a public place and that is the foundation of the offence .... Whether or not incitement begins in a private conversation in a public place or by way of a declaration from a public platform in a public place is incidental. If it escalates into a situation that is likely to lead to a breach of the peace, then the offence in our view is committed.
>
> Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs, *Minutes of Proceedings and Evidence*, No. 10 (February 24, 1970), pp. 10:64-10:65.

124. The effect of this proposal would be that an incitement to hatred expressed in a private conversation or other private manner in a public place (for example, a café), would not be caught by the offence. This is reasonable. As a practical matter, it is unlikely that a private conversation will lead to a breach of the peace. But assuming it does, there is a danger that the reason it does is because others have overheard the private conversation and reacted violently to it. In this situation, it seems that an unjustifiable "heckler's veto" has arisen and the responsibility for endangering the public peace should rest upon the shoulders of the "hecklers."

125. *R.* v. *Buzzanga and Durocher*, *supra*, note 33, p. 381.

126. Law Reform Commission of Canada, *Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences* [Working Paper 45] (Ottawa: LRCC, 1985), pp. 28-31.

because others react hostilely to his or her views? By restricting this crime to the intentional and public fomenting of hatred in a public place likely to cause harm to a person or damage to property, we anticipate that a "heckler's veto" situation will not often arise. On those occasions when it does arise, it would be justifiable to punish the fomenter of hatred, given the dangerous situation which he or she has helped to create.

The second *Code* offence to be examined here is that of wilfully promoting hatred. Of all the crimes of promoting hatred presently existing, this offence is the most problematic. More so than the other offences, it prohibits mere words, without more. It raises several issues: (1) Is the definition of the *actus reus* precise enough? (2) What *mens rea* is needed for the crime? (3) Should truth be a defence? (4) Are other defences needed? and (5) Should there be a requirement that the Attorney General consent to the prosecution?

The *actus reus* of the crime requires at present two flawed components: (1) "promoting" hatred; and (2) a communication which is "other than in private conversation."

First, the term "promotes" does not describe accurately enough why the criminal law should catch such conduct. The spreading of hatred is a crime against the social order because it creates ill will and hostility towards powerless groups. A more precise term than "promotes" to describe what the law should prevent is "foment." It is defined by *The Shorter Oxford Dictionary* to mean in part "[t]o rouse or stir up; to excite, irritate." Indeed, the French definition of this crime already uses the verb "fomenter."

Second, the phrase, "other than in private conversation" does not appear to protect other private communications, such as a private letter to a friend.[127] This does not give enough protection to the fundamental value of privacy. After all, the major danger of this conduct is that it will poison the public in its attitude towards identifiable groups. Therefore, the offence should be reworded to drop the "private conversation" exemption and to catch instead the person who "publicly" foments hatred against any identifiable group. "Publicly" should not be defined. Judges can apply their common sense to interpret it.

The crucial issue involving *mens rea* is whether the crime should retain the word "wilfully" or an equivalent phrase which makes the crime effectively one of specific intent, or whether "wilfully" should be dropped altogether to create a crime of reck-

---

127. The "private conversation" exemption was explained by Mr. David Lewis during the proceedings of the House of Commons Standing Committee on Justice and Legal Affairs, No. 11 (February 26, 1970), pp. 11:11-11:12:

> [T]he only exception I think ought to be made is that of communicating these things in an impermanent way, which is by conversation. If it is in writing, *whether between two people* or more than two, once it is in writing it is in a permanent way which can be circulated. [Emphasis added]

In other words, the "private conversation" exemption was intended to cover only private *oral* communications, not private written ones.

By contrast, the offence of fomenting group hatred proposed by the American Law Institute in its Tentative Draft No. 13, *supra*, note 96, proposed a stringent publicity requirement that adequately safeguarded the fundamental value of privacy.

lessness. The preferred view of many persons, as reflected in *Equality Now* and the Fraser Committee report, is that the "wilfully" requirement must be dropped.

With respect, we do not share this view. The principle of restraint requires lawmakers to concern themselves not just with whom they want to catch, but also with whom they do not want to catch. For example, removing an intent or purpose requirement could well result in successful prosecutions of cases similar to *Buzzanga*, where members of a minority group publish hate propaganda against their own group in order to create controversy or to agitate for reform. This crime should not be used to prosecute such individuals.

In effect, this crime should be used only to catch the most extreme cases of fomenting hatred, when the accused is motivated by enmity. Accordingly, we recommend that this crime should continue to be one of intent or purpose. This is best achieved by removing the "wilfully" requirement and substituting in its place an "intentionally" or "purposely" requirement. This change in wording would not result in any change to the *mens rea* requirement for this crime as set out in *Buzzanga and Durocher*,[128] but it would avoid the problems inherent in the word "wilfully," which has been defined inconsistently in criminal law.[129]

Should there be a defence of truth for the crime? As the law now stands, there is. Some consultants argued that truth should not be a defence because it does not outweigh the harm caused.

This raises an important policy issue: When should the criminal law punish a person for publishing the truth? One can concede that there are occasions when the criminal law should do so. For example, our revised crime of intentionally fomenting hatred in a public place has no defence of truth, nor any other defences. But the reason for denying defences there is that an immediate threat to public peace exists — the likelihood of harm to a person or damage to property.

By contrast, the crime of intentionally fomenting hatred does not require the existence of an immediate threat to the public peace. Thus, it is broader in scope. Here, the criminal law must respect truth as a fundamental value. Otherwise, we put at risk not just hatemongers but also legitimate scholars who, for a variety of motives, inject themselves into areas of controversy by publishing factually accurate material critical of socially important groups within our society.

---

128. In *Buzzanga and Durocher*, *supra*, note 33, the Ontario Court of Appeal defined "wilfully" in the context of promoting hatred to mean (a) having the conscious purpose to promote hatred or (b) foreseeing that the promotion of hatred was certain or morally certain the result. This definition corresponds with the definition of intent/purpose for crimes requiring intent/purpose in this Commission's upcoming tentative draft Code.

129. See J. Fortin and L. Viau, *supra*, note 35, pp. 140-2.

What about the remaining defences?[130] Are they needed? Undoubtedly, many persons believe that the present range of defences is too broad, that it prevents the crime from being effective. For example, two of the remaining defences — those of an opinion on a religious subject and of a purpose to remove feelings of hatred — require that the accused act in "good faith." Some argue that all that "good faith" means is that the accused honestly believe what he or she says, thus permitting the sincere fanatic to raise a successful defence.

Nonetheless, our view is that the defences, rather than operating to acquit the accused when he or she wilfully promotes hatred, appear more to be examples of not wilfully promoting hatred.[131] If a person wilfully or intentionally foments hatred, it seems that the person acts in bad faith, not good faith. By analogy, for the defence of qualified privilege in defamation law, a person does not act in good faith even when he or she honestly believes the defamation, if the dominant motive is to give vent to personal spite, ill will, or some other improper purpose.[132] Indeed, cases such as *Keegstra* and *Buzzanga* suggest that where a person has in fact wilfully promoted hatred, judges and juries are reluctant to find that the defences apply to acquit the accused.[133]

Are these defences needed, however, as long as this crime remains one of intent or purpose? There is an important psychological advantage in retaining these defences because they reflect how highly our society values freedom of expression. After all, these remaining defences existed beforehand elsewhere in the *Code* as defences to other crimes which limit freedom of expression — namely, blasphemous libel, defamatory libel, and sedition.[134] They were created as defences here out of caution to ensure that statements of fact or opinion expressly permitted in other contexts would not be caught by this crime, and to ensure that minority groups would not be prosecuted under a crime designed to protect them. Therefore, they should be retained.

---

130. Aside from truth, the three remaining defences in subsection 281.2(3) of the *Criminal Code* are:

> (*b*) if, in good faith, he expressed or attempted to establish by argument an opinion on a religious subject;
>
> (*c*) if the statements were relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit, and if on reasonable grounds he believed them to the true; or
>
> (*d*) if, in good faith, he intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred towards an identifiable group in Canada.

131. See Cohen's analysis of these defences in *supra*, note 4, pp. 775-7.

132. For an excellent analysis of this issue in defamation law, see *Horrocks* v. *Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.).

133. For example in *Buzzanga and Durocher*, *supra*, note 33, Martin J.A. stated at page 389: "The exemption contained in s. 281.2(3)(*d*) is, in my view, provided out of abundant caution, and where a person has 'wilfully' promoted hatred, the cases in which the exemption may successfully be invoked must be comparatively rare."

Also, in the *Keegstra* case, Keegstra was convicted of wilfully promoting hatred notwithstanding the existence of these defences: see Mertl and Ward, *supra*, note 36.

134. See *Criminal Code*, ss. 260(3), 273, 61(*d*).

Should the crime of fomenting hatred (and, incidentally, the offence of advocating genocide) continue to require the consent of the Attorney General as a pre-condition to prosecution?

Because it is unclear exactly what does foment hatred, without safeguards there could be unwarranted prosecutions. For example, a complaint was made in Alberta in 1984 that the movie, "Red Dawn," about a fictional Communist invasion of the United States, promoted hatred against Russians and Cubans.[135] In 1975, some young people were arrested by Toronto police for distributing leaflets saying "Yankee go home."[136]

In general, safeguards are provided, initially by the requirement that an information be laid before a justice of the peace, later by the power of the Crown to stay a prosecution. But is freedom of expression so fundamental to our society that it is justifiable to take special care to ensure that the power to prosecute crimes which limit freedom of expression will not be abused?

On the one hand, requiring the consent of the Attorney General prior to a prosecution is an effective safeguard to prevent at the outset the cost and burden of a criminal trial, especially in an area of political sensitivity. On the other hand, this requirement of consent can prevent those who are the victims of hate propaganda from launching a prosecution. For example, Ernst Zundel was prosecuted under section 177 because the Ontario Attorney General refused to give his consent to prosecute him for wilful promotion of hatred.[137]

Whether there should be the requirement of the consent of the Attorney General for certain crimes is one of the issues being studied in a forthcoming Working Paper on the Powers of the Attorney General. For this reason, we defer making any recommendations on this issue as it relates to crimes of hate propaganda until that study is completed.

---

135. See the editorial, "Red Yawn," *Edmonton Journal*, Thursday, September 13, 1984, p. A6.

136. See Mertl and Ward, *supra*, note 36, p. 38.

137. See Ryan, *supra*, note 46, p. 339.

Conclusion

There is no easy solution to the problem of spreading hatred. Even among civil libertarians who believe strongly in protecting freedom of speech, opinion is divided as to whether these crimes are necessary.

These proposals may not meet with overwhelming approval from the public. On the one hand, visible minorities may regard with dismay the decision to retain, for the revised offence of fomenting hatred, the *mens rea* requirement of intent or purpose and all the existing defences. On the other hand, civil libertarians may be disappointed that we did not advocate abolition of the offence of wilfully promoting hatred, and indeed may shudder at the proposal to expand the definition of "identifiable group" to protect those groups enumerated specifically in subsection 15(1) of the Charter. Both sides may argue that the Commission has failed to act boldly and imaginatively on an important social issue.

Nonetheless, the proposals made here are entirely consistent with our view that, while the criminal law should uphold fundamental values, it should nonetheless be applied with restraint.

Admittedly, the very existence of these crimes of fomenting hatred is open to two fundamental objections. First, they encroach upon freedom of expression in an unjustifiable manner. In other words, restricting freedom of expression for some restricts freedom of expression for all. Second, they may not do what they are expected to do. After all, the Weimar Republic had crimes of hate propaganda; yet Hitler still came to power.

The crimes proposed in this Paper, however, infringe upon freedom of expression in a justifiable manner by ensuring that only the most serious kinds of hatred are caught by the criminal law. Moreover, these crimes will do what they are expected to do, in two ways: first, by underlining the fundamental values of equality and dignity; second, by deterring others from engaging in such activity.

Admittedly, too, the restricted definition of these crimes is open to the fundamental objection that they do not propose adequate legal controls on the propagation of hatred.

The issue here, however, is to what extent the *criminal law* must be used to combat fomenting hatred against identifiable groups. Given its coercive and brutal nature, criminal law must be used with restraint. It should be used as the last resort, not the first. Of course, our society can use other means to deal with the spreading of hatred. The work of human rights commissions is all-important in helping to eliminate attitudes which support discrimination. Perhaps a more effective way to deal with fomenting hatred would be to ensure that these commissions play a stronger role in combatting such attitudes.

But the role of the criminal law must be limited to preventing the most harmful hatreds being aimed at clearly socially important groups. Otherwise, in the name of fighting hatred, our society runs the risk of creating unjustifiable repression.

The crimes dealing with hate propaganda should be amended or altered in the following manner.

Recommendations

General

Groups

1. All these crimes should protect those groups identifiable on the basis of race, national or ethnic origin, colour, religion, sex, age or mental or physical disability.

Placement

2. The definition of "identifiable group" should be removed from the offence of advocating genocide and put into a separate definition section.

3. These crimes should be placed in our new Code in a chapter on Offences against Society.

Specific Offences

Genocide

4. (1) Whether there should be a crime of genocide in our new Code should not be resolved by this Paper, but should be deferred for future consideration.

(2) The crime of advocating or promoting genocide should be retained. However, the crime should be modified to catch "advocating, promoting, or urging" genocide. Also, any recommendation concerning the requirement of the Attorney General's consent should await the results of a forthcoming Commission Working Paper on the Powers of the Attorney General.

Publishing False News

5. Section 177, the crime of publishing false news, should be abolished. Any new offence designed to deal with causing public alarm should be defined in a precise enough manner to prevent its being used to prosecute hatemongers.

6. (1) Both crimes should be amended to catch clearly any means by which hatred is fomented.

(2) The crime of inciting hatred in a public place where such incitement is likely to lead to a breach of the peace should be redefined in the following manner:

> **Any person who intentionally [purposely] and publicly foments hatred in a public place where it is likely to cause harm to a person or damage to property commits a crime. ["Public place" would continue to be defined as including any place to which the public have access as of right or by invitation, express or implied.]**

(3) The crime of wilfully promoting hatred, other than in private conversation, against any identifiable group, should be redefined in the following manner:

> **(a) Any person who intentionally [purposely] and publicly foments hatred against any identifiable group commits a crime.**
>
> **(b) No person shall be convicted if he or she**
>
> > **(i) uses the truth and proves such truth;**
> >
> > **(ii) in good faith, expresses an opinion upon a religious subject;**
> >
> > **(iii) uses anything which, on reasonable grounds, he or she believes to be true and which was relevant to any subject of public interest, the discussion of which was for the public benefit; or**
> >
> > **(iv) in good faith, intended to point out, for the purpose of removal, matters producing or tending to produce feelings of hatred towards an identifiable group in Canada.**
>
> **(c) Any recommendation concerning the requirement of the Attorney General's consent should await the results of a forthcoming Commission Working Paper on the Powers of the Attorney General.**

Forfeiture Provisions

7. In accordance with a recommendation made in our Report on *Search and Seizure*,[138] section 281.3, dealing with *in rem* proceedings for seizure and forfeiture of hate propaganda, should be taken out of the *Code* and put into federal regulatory legislation.

It is open to question whether subsections 281.2(4) and (5), which govern the forfeiture of material after conviction for a hate propoganda offence, belong among these crimes or among provisions dealing with sentencing.

---

138. *Supra*, note 50.

SCHEDULE A

Canadian Legislation on Human Rights and Freedoms

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, Appendix III.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, Part I of the *Constitution Act, 1982* which is Schedule B to the *Canada Act 1982* (U.K.), 1982, c. 11.
Canadian Human Rights Act, S.C. 1976-77, c. 33.
Charter of Human Rights and Freedoms, R.S.Q. 1977, c. C-12.
Civil Rights Protection Act, S.B.C. 1981, c. 12.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended.
Fair Practices Ordinance, R.O.N.T. 1974, c. F-2.
Fair Practices Ordinance, R.O.Y.T. 1971, c. F-2.
Human Rights Act, C.S.N.S. 1979, c. H-24.
Human Rights Act, R.S.N.B. 1973, c. H-11.
Human Rights Act, S.P.E.I. 1975, c. 72.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, c. I.2.
Ontario Human Rights Code, R.S.O. 1980, c. 340.
The Human Rights Act, R.S.M. 1970, c. H175.
The Newfoundland Human Rights Code, R.S.N. 1970, c. 262.
The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1.

SCHEDULE B

Pornography and Hate Propaganda

Many feminists assert that pornography promotes hatred against women. As Susan Brownmiller states, "[p]ornography is the undiluted essence of anti-female propaganda."[139] Indeed, some point out the similarities between pornography directed against women, and hate propaganda directed against Jews and Blacks.[140]

The Fraser Committee accepted this argument. So, in addition to a highly detailed three-tier system of criminal controls on pornography, it proposed the use of the hate propaganda section 281.2 of the *Code* to help deal with the evil inherent in pornography. As the Committee stated:

> If one accepts the argument that pornography is an expression of misogyny, then use of the hate propaganda section of the *Code* in this connection is particularly attractive. If the evil seen in pornography is the communication of an untrue message which expresses or propagates hatred against women, it seems logical that this *Code* provision, and not one dealing with sexual morality, should be aimed against it.[141]

In examining the harm caused by pornography, the Fraser Committee emphasized the harm it causes to the constitutionally entrenched value of equality. But, to remain consistent with this argument, it recommended that the offence be expanded to include all those groups specifically enumerated in section 15 of the Charter.[142]

However, the Committee recognized that for this section to be effective in combatting the evil of pornography, other changes had to be made. First, the "wilfully" requirement had to be removed. As the Committee stated:

> In the area of pornography, a wilfulness requirement would place an almost impossible burden on the prosecutor. The effect of material may be to engender hatred of women, but persons may all too readily establish that this was not done "wilfully." The motive behind the publication may be described as sexual entertainment, or even profit; even an unattractive

---

139. S. Brownmiller, *Against Our Will* (New York: Bantam Books, 1976), p. 443. See also: A. Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women* (New York: Putnam, 1981); and L. Lederer, ed., *Take Back the Night: Women on Pornography* (New York: Morrow, 1980).

140. See, for example, S. Griffin, *Pornography and Silence* (New York: Harper Colophon Books, 1981), pp. 156-99.

141. Fraser Committee, *supra*, note 56, Vol. 1, p. 319.

142. *Id.*, pp. 320-2.

motive, other than hatred, would serve to defeat a prosecution where specific intent was required.[143]

Second, the requirement of the Attorney General's consent to a prosecution had to be removed.[144] Third, the offence should be redefined to include any visible representation.[145]

Nonetheless, the proposed reform of the hate propaganda crimes outlined in this Paper would not be effective in dealing with the harm caused by pornography, because an "intentionally" or "purposely" requirement for the revised offence of fomenting hatred is required. This would effectively prevent prosecutions under section 281.2 for pornography, except, perhaps, in the most extreme circumstances.

The debate over using crimes of hate propaganda to deal with pornography highlights certain problems.

The first problem concerns the assumption that pornography promotes hatred against women just as, say, a white racist promotes hatred against Blacks. Some object to this evaluation. For example, Ryan states:

> [T]he whole subject of pornography is intimately and inextricably related to the biological sexual urges of the human animal .... Hate is sometimes present as a motive, but the motivation is complex and is at least partly based on the sexual urge .... It [pornography] should not be broken up and in part confused with racial and religious hatred, which spring from other roots.[146]

The second problem is that expanding the hate propaganda crimes to catch pornography by adding the category of "sex" to the definition of "identifiable group" also catches non-pornographic statements of misogyny. But what other statements are misogynistic? An arguably extreme position is that taken by Andrea Dworkin:

> Antifeminism is always an expression of hating women: it is way past time to say so, to make the equation, to insist on its truth .... It is right to see woman hating, sex hatred, passionate contempt in every effort to subvert or stop an improvement in the status of women on any front, whether radical or reform .... This is true when the antifeminism is expressed in opposition to the Equal Rights Amendment or to the right to abortion on demand or to procedures against sexual harassment or to shelters for battered women or to reforms in rape laws. This is true whether the opposition is from the Heritage Foundation, the Moral Majority, the Eagle Forum, the American Civil Liberties Union, the Communist Party, the Democrats, or the Republicans.[147]

---

143. *Id.*, p. 323.

144. *Id.*, p. 322

145. *Id.*, pp. 323-4.

146. Ryan, *supra*, note 46, pp. 349-50. For additional criticism of this general view of pornography as promoting hatred, see also B. Faust, *Women, Sex, & Pornography* (London: Melbourne House, 1980), and L. Duggan, N. Hunter and C. Vance, "False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S." in V. Burstyn, ed., *Women against Censorship* (Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985), p. 130.

147. A. Dworkin, *Right-Wing Women* (New York: Wideview/Perigee, 1983), pp. 196-7.

The third problem is that an offence which is expanded to catch reckless promotions of hatred against a sexual group catches not just woman hating, but also man hating. There is a danger that the offence could be used to prosecute radical feminists for promoting hatred against men. For example, Varda Burstyn points out that:

> [I]n December, 1984, Joe Borowski, a former Manitoba cabinet minister and well-funded anti-abortion crusader, announced his intention to seek charges against *Herizons*, a Winnipeg-based feminist magazine, for a cartoon showing a construction site exploding, supposedly as a result of women's revenge against the workers. He has stated that this cartoon represents 'violence against men.'[148]

The fourth problem is, assuming that specific offences against pornography are to be created in our new Code, Will ensuring that crimes of hate propaganda also catch pornography be a substantially useful addition to the law? Admittedly, the Fraser Committee believed that its proposed revision of subsection 281.2(2) would complement its three-tiered scheme to deal with pornography.[149] But it is also clear that for the crime of promoting hatred to be effective in combatting pornography, it would have to catch much the same conduct as the specific crimes of pornography. Two issues arise. First, if there are specific crimes of pornography, then is there really a need to catch the conduct elsewhere? Second, while it may complement specific crimes of pornography to some extent, could not the crime of promoting hatred be used to undercut the safeguards provided by the more specific offences of pornography? What if a private prosecutor is determined to prosecute, and realizes that the crime of promoting hatred fails to provide the same defences as the pornography offences?

In effect, the principle of restraint in the application of the criminal law compels this Commission to deal with pornography, not under hate propaganda offences, but rather only under specific offences of pornography.[150] Such an approach enables the criminal law to define with better precision the kind of pornography it wishes to catch. It also prevents a possible misuse of the criminal law by preventing prosecutions which could have a chilling effect upon freedom of expression.

---

148. Burstyn, *supra*, note 146, p. 159. For a newspaper report of this incident, see the *Winnipeg Free Press*, Tuesday, December 4, 1984, p. 3.

149. Fraser Committee, *supra*, note 56, p. 324.

150. Janet Erasmus, in *Pornography: Obscenity Re-examined* (October 1985), an unpublished Background Paper on pornography prepared for the Law Reform Commission of Canada, also recommends against using the hate propaganda crime of promoting hatred for pornography prosecutions.

Bibliography

Arkes, H. "Civility and the Restriction of Speech: Rediscovering the Defamation of Groups," [1974] *Sup. Ct. Rev.* 281.

Beckton, C.F. "Freedom of Expression in Canada — How Free?" (1983), 13 *Man. L.J.* 583. "Freedom of Expression" in W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982, p. 75.

Belton, P.J. "The Control of Group Defamation: A Comparative Study of Law and Its Limitations" (1960), 34 *Tul. L. Rev.* 299.

Bender, P.A. "Justifications for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms: Some Remarks about the Proper Role of Section One of the Canadian Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 669.

Bentham, J. *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*. Oxford: Clarendon Press, 1879.

Bercuson, D. and D. Wertheimer. *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair*. Toronto: Doubleday Canada, 1985.

Berger, T. *Fragile Freedoms*. Toronto: Clarke, Irwin, 1981.

Beth, L.P. "Group Libel and Free Speech" (1955), 39 *Minn. L. Rev.* 167.

Bitker, B.V. "The International Treaty against Racial Discrimination" (Spring 1970), 53 *Marq. L. Rev.* 68.

Blin, H. "L'évolution législative et jurisprudentielle du droit de la presse au cours des vingt ou trente dernières années" in *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel*. Vol. II: Études de science pénale et de politique criminelle. Paris: Éditions A. Pedone, 1975, p. 314.

Bossuyt, M. *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*. Brussels: Bruyland, 1976.

Brewin, F.A. "Criminal Law — Sedition — Witnesses of Jehovah — Civil Liberties — Consultation among Members of Appellate Court" (1951), 29 *Can. Bar Rev.* 193.

Brown, J.J. and C.L. Stern. "Group Defamation in the U.S.A." (January 1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 7.

Brownmiller, S. *Against Our Will*. New York: Bantam Books, 1976.

Brun, H. "Quelques notes sur les articles 1, 2, 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés" (1982), 23 *C. de D.* 781.

Buergenthal, T. "Implementing the U.N. Racial Convention" (1977), 12 *Tex. Int. L.J.* 187.

Burstyn, V., ed. *Women against Censorship*. Vancouver: Douglas & McIntyre, 1985.

Canada, Government of Canada. *The Criminal Law in Canadian Society*. Ottawa: 1982.

Canada, House of Commons. *Report of the Special Committee on Hate Propaganda in Canada*. Ottawa: Queen's Printer, 1966.

Canada, House of Commons, Parliamentary Committee on Equality Rights. *Equality for All*. Ottawa: Supply and Services, 1985.

Canada, House of Commons, Special Committee on Participation of Visible Minorities in Canadian Society. *Equality Now*. Ottawa: Supply and Services, 1984.

Canada, House of Commons, Special Committee on Pornography and Prostitution. *Pornography and Prostitution in Canada*. Vol. 1. Ottawa: Supply and Services, 1985.

Canada, House of Commons, Standing Committee on Justice and Legal Affairs. *Minutes of Proceedings and Evidence*. No. 8 (February 10, 1970); No. 9 (February 17, 1970); No. 10 (February 24, 1970); No. 11 (February 26, (1970); No. 12 (March 3, 1970).

Canada, Law Reform Commission. *Our Criminal Law* [Report 3]. Ottawa: Supply and Services, 1976.

Search and Seizure [Report 24]. Ottawa: Supply and Services, 1984.

Defamatory Libel [Working Paper 35]. Ottawa: Supply and Services, 1984.

Extraterritorial Jurisdiction [Working Paper 37]. Ottawa: Supply and Services, 1984.

Post-Seizure Procedures [Working Paper 39]. Ottawa: Supply and Services, 1985.

Arrest [Working Paper 41]. Ottawa: LRCC, 1985.

Secondary Liability: Participation in Crime and Inchoate Offences [Working Paper 45]. Ottawa: LRCC, 1985.

Disposition of Seized Property [Report 27]. Ottawa: LRCC, 1986.

Canada, Secretary of State. *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Third Report of Canada, July 1, 1973 to August 15, 1975*. Ottawa: Supply and Services, 1976.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination: Sixth Report of Canada, August 1979 to July 1982. Ottawa: Supply and Services, 1983.

Multiculturalism Directorate. *Race Relations and the Law*. Report of a Symposium held in Vancouver, April 22-24, 1982. Ottawa: Supply and Services, 1983.

Response of the Government of Canada to Equality Now! *the Report of the Special Parliamentary Committee on Visible Minorities in Canadian Society*. Ottawa: Supply and Services, 1984.

Chafee, Z. *Government and Mass Communications*. Hamden, Connecticut: Archon Books, 1965.

Cohen, M. "Human Rights and Hate Propaganda: A Controversial Canadian Experiment" in S. Shoham, ed., *Of Law and Man*. New York and Tel Aviv: Sabra Books, 1971.

"The Hate Propaganda Amendments: Reflections on a Controversy" (1971), 9 *Alta. L. Rev.* 103.

Cohen, S.S. "Hate Propaganda — The Amendments to the Criminal Code" (1971), 17 *McGill L.J.* 740.

Comarmond, P. and C. Duchet. *Racisme et société*. Paris: Maspero, 1969.

Conklin, W.E. "Interpreting and Applying the Limitations Clause: An Analysis of Section 1" (1982), 4 *Supreme Court L.R.* 75.

Cotler, I. "Freedom of Assembly Association, Conscience and Religion" in W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982, p. 123.

"Developments in the Law — Defamation" (1956), 69 *Harv. L. Rev.* 875.

Dickey, A. "Prosecutions under the Race Relations Act 1965, s. 6 (Incitement to Racial Hatred)," [1968] *Crim. L. R.* 489.

Duplé, N. "Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise" (1984), 25 *C. de D.* 801.

Dworkin, A. *Pornography: Men Possessing Women*. New York: Putnam, 1981.

Right-Wing Women. New York: Wideview/Perigee, 1983.

Elder, D.A. "Kentucky Criminal Libel Law and Public Officials — An Historical Anachronism?" (1981), 8 *No. Ky. L. Rev.* 37.

Entrevan, C. "Réflexions sur le problème des discriminations humains dans le système démocratique français" in *Annuaire français des droits de l'homme*. Vol. 1. Paris: Éditions A. Pedone, 1974.

Erasmus, J. *Pornography: Obscenity Re-examined* (unpublished Law Reform Commission Paper, October 1985).

Faust, B. *Women, Sex, & Pornography*. London: Melbourne House, 1980.

Fenson, M. "Group Defamation: Is the Cure Too Costly?" (1964-65), 1 *Man. L.J.* 255.
Fortin, J. and L. Viau. *Traité de droit pénal général*. Montréal: Thémis, 1982.
Foulon-Piganiol, J. "La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1er juillet 1972)" (1972), *D.* 26.
"Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale" (1970), *D.* 163.
"Réflexions sur la diffamation raciale" (1970), *D.* 133.
Franz, P. "Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison" (Winter 1982), 5 *Bost. Coll. Int. & Comp. L. Rev.* 51.
Freiheit, M.G. "Free Speech and Defamation of Groups by Reason of Color or Religion" (1966), 1 *R.J.T.* 129.
Fryer, D.R. "Group Defamation in England" (January 1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 33.
Genn, R. "Beyond the Pale: Council of Europe Measures against Incitement to Hatred" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 189.
Goldberger, D. "Skokie: The First Amendment under Attack by Its Friends" (Spring 1978), 29 *Mercer L. Rev.* 761.
Griffin, S. *Pornography and Silence*. New York: Harper Colophon Books, 1981.
Gropper, M. "Hate Literature — The Problem of Control" (1965), 30 *Sask. Bar Rev.* 181.
"Group Libel and Criminal Libel" (1952), 1 *Buffalo L. Rev.* 258.
"Group Libel Laws: Abortive Efforts to Combat Hate Propaganda" (1952), 61 *Yale L.J.* 252.
Hage, R.E. "The Hate Propaganda Amendment to the Criminal Code" (1970), 28 *U.T. Faculty L.R.* 63.
Harris, D.J. "Decision on the European Convention on Human Rights during 1979, Freedom of Speech," [1979] *Brit. Year Book Int. L.* 257.
Hepple, B.A. "Race Relations Act 1965" (1966), 29 *Modern L. Rev.* 306.
"High-Tech Hatred," *Newsweek*, December 24, 1984, p. 20.
Hogg, P.W. "A Comparison of the Canadian Charter of Rights and Freedoms with the Canadian Bill of Rights" in W.S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Toronto: Carswell, 1982, p. 1.
Holdsworth, W. *A History of English Law*. Vol. III. London: Sweet and Maxwell, 1966.
Hughes, G. "Prohibiting Incitement to Racial Discrimination" (1965-66), 16 *U. Toronto L.J.* 361.
Jefferson, J.E. "Gay Rights and the Charter" (1985), 43:1 *U.T. Faculty L.R.* 70.
Jones, T.D. "Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the First Amendment" (1980), 23 *Howard L.J.* 429.
Kallen, H.M. "'Group Libel' and Equal Liberty" (1968), 14:1 *N.Y. L.F.* 1.
Kayfetz, B.G. "The Story behind Canada's New Anti-Hate Law" (May-June 1970), *Patterns of Prejudice* 5.
Kelly, J. "Criminal Libel and Free Speech" (1958), 6 *Kansas L. Rev.* 295.
Konvitz, M.R. *Fundamental Liberties of a Free People*. New York: Cornell University Press, 1957.
Kuchel, T.H. "The Fright Peddlers" (January 1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 4.
LeBlanc, L.J. "The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding" (1984), 78 *Am. J. Int. L.* 369.
Lederer, L., ed. *Take Back the Night: Women on Pornography*. New York: Morrow, 1980.
Lerner, N. "Curbing Racial Discrimination — Fifteen Years CERD" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 170.
The Crime of Incitement to Group Hatred: A Survey of International and National Legislation. New York: World Jewish Congress, 1965.
The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. 2nd ed. Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Rockville, Maryland, U.S.A.: Sijthoff & Noordhoff, 1980.

Lipsett, E.H. "Freedom of Expression and Human Rights Legislation: A Critical Analysis of s. 2 of *The Manitoba Human Rights Act*" (1982-3), 12 *Man. L.J.* 285.

MacGuigan, M.R. "Hate Control and Freedom of Assembly" (1966), 31 *Sask. Bar Rev.* 232.

"La Charte — Problèmes et Solutions" (1984), 13 *Man. L.J.* 689.

Madiot, Y. *Droits de l'homme et libertés publiques*. Paris: Masson, 1976.

Makin, K. "Federal Court Declines Jurisdiction for Charter Challenge to Anti-Hate Provision" (1984), 13 *Ontario Lawyers Weekly* 1.

Manning, M. *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the* Constitution Act, 1982. Toronto: Emond-Montgomery, 1983.

Marcus, E.T. "Group Defamation and Individual Actions: A New Look at an Old Rule" (1983), 71 *Calif. L. Rev.* 1532.

McAlpine, J.D. *Report Arising out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia* (prepared for the government of British Columbia, 1981).

Memmi, A. *Le racisme*. Paris: Éditions Gallimard, 1982.

Meron, T. "The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (1985), 79 *Am. J. Int. L.* 283.

Mertl, S. and J. Ward. *Keegstra: The Trial, the Issues, the Consequences*. Saskatoon: Western Producer Prairies Books, 1985.

Mewett, A.W. "Some Reflections on the Report of the Special Committee on Hate Propaganda" (1966), 9 *Crim. L.Q.* 16.

Mewett, A.W. and M. Manning. *Criminal Law*. 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1985.

Morel, A. "La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges" (1983), 61 *Can. Bar Rev.* 81.

Neier, A. *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*. New York: E.P. Dutton, 1979.

Paraf, P. *Le racisme dans le monde*. Paris: Petite bibliothèque Payot, 1981.

Partington, M. "Race Relations Act 1965: A Too Restricted View?" [1967] *Crim. L.R.* 497.

Partsch, J.J. "L'incrimination de la discrimination raciale dans les législations pénales nationales" (1977), *R. S. Crim. et D. pén. Comp.* 19.

Pemberton, J. "Can the Law Provide a Remedy for Race Defamation in the United States?" (1968), 14:1 *N.Y. L.F.* 33.

Peytel, J. "Group Defamation in France" (January 1964), 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 64.

"Race Defamation and the First Amendment" (1965-66), 34 *Fordham L. Rev.* 653.

Rector, F. *The Nazi Extermination of Homosexuals*. New York: Stein and Day, 1981.

Regel, A.R. "Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech" (1985), 49 *Sask. L. Rev.* 303.

Reisman, W.M. "Responses to Crimes of Discrimination and Genocide: An Appraisal of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination" (Fall 1971) 1 *Denver J. Int. L. & Pol.* 29.

Répertoire de droit pénal et de procédure pénale. 2nd ed. Vol. II: Jurisprudence générale Dalloz. Paris: Relais, 1981.

Roth, S.J. "Anti-Semitism and International Law" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 208.

Ryan, H.R.S. "The Trial of Zundel, Freedom of Expression and the Criminal Law" (1985), 44 *C.R.* (3d) 334.

Sacerdoti, G. "New Developments in Group Consciousness and the International Protection of the Rights of Minorities" (1983), 13 *Israel Year Book on Human Rights* 116.

Santa Cruz, H. *La discrimination raciale*. New York: United Nations, 1977.

Sartre, J.-P. *Anti-Semite and Jew*. New York: Schocken Books, 1965.

Schroth, P.W. and V.S. Mueller. "Racial Discrimination: The United States and the International Convention" (Spring 1975), 4 *Human Rights* 171.

Schwelb, E. "The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination" (1966), 15 *Int. & Comp. L.Q.* 996.

Scott, F.R. "Publishing False News" (1952), 32 *Can. Bar Rev.* 37.

Seeley, J.J. "Article Twenty of the International Covenant on Civil and Political Rights: First Amendment Comments and Questions" (1970), 10 *Va. J. Int. L.* 328.

Sher, J. "The Propaganda of Hatred" (December 1984), LXIV: 744 *The Canadian Forum* 20.

Sinclair, H. "Hate Propaganda Laws — Will They Survive the Charter of Rights?" (1982), 3 *C.H.R.R.* 13.

Smith, J.C. and B. Hogan. *Criminal Law*. 5th ed. London: Butterworths, 1983.

Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel. 3rd ed. London: Butterworths, 1869.

"Statutory Prohibition of Group Defamation" (1947), 47 *Colum. L. Rev.* 595.

Tajima, Y. "Protection of Freedom of Expression by the European Convention" (1969), 2 *R.D.H.* 658.

Tanenhaus, J. "Group Libel" (1950), 35 *Cornell L.Q.* 261.

Tarnopolsky, W.S. "A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present One by the Supreme Court of Canada," [1978] *L.S.U.C. Lectures* 161.

Discrimination and the Law in Canada. Toronto: Richard DeBoo, 1982.

"Freedom of Expression v. Right to Equal Treatment" (Centennial Edition 1967), *U.B.C. L. Rev. — C. de D.* 43.

The Canadian Bill of Rights. 2nd ed. Toronto: McClelland and Stewart, 1975.

"The Control of Racial Discrimination" in R.St.J. Macdonald and J.P. Humphrey, eds., *The Practice of Freedom*. Toronto: Butterworths, 1979, p. 289.

Ténékidès, G. "L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale" (1980), 3 *Recueil de cours*, Vol. 168, 269.

Tremblay, P. "Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale" (1966), 26 *R. du B.* 360.

Trudel, P. *Droit de l'information et de la communication*. Montréal: Thémis, 1984.

"La liberté d'information comme limite au pouvoir de punir pour outrage au tribunal" (1982-83), 17 *R.J.T.* 519.

Turp, D. "Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés: un bilan jurisprudentiel" (1984), 18 *R.J.T.* 353.

United Nations, Economic Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities. *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*. Thirty-eighth Session. 2 July 1985. E/CN.4/Sub. 2/1985/6.

United Nations, J. Inglés. *Study on the Implementation of Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. 18 May 1983. A/Conf./119/10.

United Nations, Official Records, General Assembly. *Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination*, Thirty-fourth Session. Supplement No. 18, A/34/18.

Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Thirty-eighth Session. Supplement No. 18, A/38/18.

Report of the Committee on the Elimination of Racial Discrimination. Thirty-ninth Session. Supplement No. 18, A/39/18.

Vasak, K. *Les dimensions internationales des droits de l'homme*. UNESCO, 1978.

Veeder, V. "The History and Theory of the Law of Defamation: Part 1" (1903), 3 *Colum. L. Rev.* 546.

Vincent-Daviss, D. "Human Rights Law: A Research Guide to the Literature — Part 1: International Law and the United Nations" (Fall 1981), 14 *N.Y.U. J. Int. L. & Pol.* 209.

Vouin, R. "La répression de la discrimination raciale en France" (1972), 5 *R.D.H.* 177.

Williams, D.G.T. "Racial Incitement and Public Order," [1966] *Crim. L.R.* 320.

International Declarations, Conventions and Treaties

Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. (1950) 213 U.N.T.S. 222.

Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide. (1948) 78 U.N.T.S. 278.

International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. (1969) 660 U.N.T.S. 212.

International Covenant on Civil and Political Rights. (1976) 999 U.N.T.S. 172.

United Nations Declaration on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination. General Assembly, Eighteenth Session, Official Records, Res. 1904, Supplement No. 15, A/5515, p. 35.

Universal Declaration of Human Rights. General Assembly, Third Session, Official Records, Part I, Res. 217A (III), A/810 (1948), p. 71.

Table of Cases

Beauharnais v. *Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

Boucher v. *The King*, [1951] S.C.R. 265.

Ex parte Genest v. *R.* (1933), 71 Qué. S.C. 385.

Garrison v. *Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

Glimmerveen and Hagenbeek v. *The Netherlands* (1979), 4 E.H.R.R. 260.

Horrocks v. *Lowe*, [1975] A.C. 135 (H.L.).

John Ross Taylor and the Western Guard Party v. *Canada* (1984), 5 C.H.R.R. D/2097.

R. v. *Buzzanga and Durocher* (1979), 49 C.C.C. (2d) 369 (Ont. C.A.).

R. v. *Carrier* (1951), 104 C.C.C. 75 (Qué. K.B., Criminal Side).

R. v. *Hoaglin* (1907), 12 C.C.C. 226 (N.W.T. S.C.).

R. v. *Keegstra* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254 (Alta. Q.B.).

R. v. *Keegstra*, Alta. Q.B., July 20, 1985, Mackenzie J. (unreported). At the time of the publication of this Paper, this conviction is being appealed.

R. v. *Kirby* (1970), 1 C.C.C. (2d) 286 (Qué. C.A.).

R. v. *Osborn* (1732), 2 Barn. K.B. 166; 94 E.R. 425; W. Kel 230; 25 E.R. 584.

R. v. *Williams* (1822), 5 B. & Ald. 595; 106 E.R. 1308.

R. v. *Zundel*, Ont. District Ct.; convicted Feb. 28, 1985; sentenced March 25, 1985, Locke J. (unreported). At the time of the publication of this Paper, this conviction is being appealed.

Re Gathercole (1838), 2 Lewin C.C. 237; 168 E.R. 1140.

Saskatchewan Human Rights Commission v. *The Engineering Students' Society* (1984), 5 C.H.R.R. D/2074. This decision is being appealed.

Schenck v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919).

Commission de réforme du droit du Canada
Law Reform Commission of Canada

DROIT PENAL

la propagande haineuse

Document de travail 50

Canada

Rapports et documents de travail de la Commission de réforme du droit du Canada

Rapports au Parlement

1. *La preuve* (19 déc. 1975)
2. *Principes directeurs — Sentences et mesures non sentencielles dans le processus pénal** (6 fév. 1976)
3. *Notre droit pénal* (25 mars 1976)
4. *L'expropriation** (8 avril 1976)
5. *Le désordre mental dans le processus pénal** (13 avril 1976)
6. *Le droit de la famille** (4 mai 1976)
7. *L'observance du dimanche** (19 mai 1976)
8. *La saisie des rémunérations versées par la Couronne du chef du Canada** (19 déc. 1977)
9. *Procédure pénale — Première partie : amendements divers** (23 fév. 1978)
10. *Les infractions sexuelles** (29 nov. 1978)
11. *Le chèque* (8 mars 1979)
12. *Le vol et la fraude** (16 mars 1979)
13. *Les commissions consultatives et les commissions d'enquête* (18 avril 1980)
14. *Le contrôle judiciaire et la Cour fédérale** (25 avril 1980)
15. *Les critères de détermination de la mort** (8 avril 1981)
16. *Le jury* (28 juill. 1982)
17. *L'outrage au tribunal** (18 août 1982)
18. *L'obtention de motifs avant la formation d'un recours judiciaire — Commission d'appel de l'immigration* (16 déc. 1982)
19. *Le mandat de main-forte et le télémandat* (22 juill. 1983)
20. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement** (11 oct. 1983)
21. *Les méthodes d'investigation scientifiques : l'alcool, la drogue et la conduite des véhicules** (10 nov. 1983)
22. *La communication de la preuve par la poursuite* (15 juin 1984)
23. *L'interrogatoire des suspects* (19 nov. 1984)
24. *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* (22 mars 1985)
25. *Les techniques d'investigation policière et les droits de la personne* (12 juin 1985)
26. *Les organismes administratifs autonomes* (23 oct. 1985)
27. *La façon de disposer des choses saisies* (24 avril 1986)
28. *Quelques aspects du traitement médical et le droit pénal* (12 juin 1986)

Documents de travail

1. *Le tribunal de la famille** (1974)
2. *La notion de blâme — La responsabilité stricte** (1974)
3. *Les principes de la détermination de la peine et du prononcé de la sentence** (1974)
4. *La communication de la preuve** (1974)
5. *Le dédommagement et l'indemnisation** (1974)
6. *L'amende** (1974)
7. *La déjudiciarisation** (1975)
8. *Les biens des époux** (1975)
9. *Expropriation** (1975)
10. *Les confins du droit pénal : leur détermination à partir de l'obscénité** (1975)
11. *Emprisonnement — Libération** (1975)
12. *Les divorcés et leur soutien** (1975)
13. *Le divorce** (1975)
14. *Processus pénal et désordre mental** (1975)
15. *Les poursuites pénales : responsabilité politique ou judiciaire** (1975)
16. *Responsabilité pénale et conduite collective** (1976)
17. *Les commissions d'enquête — Une nouvelle loi** (1977)
18. *La Cour fédérale — Contrôle judiciaire** (1977)
19. *Le vol et la fraude — Les infractions* (1977)
20. *L'outrage au tribunal — Infractions contre l'administration de la justice** (1977)
21. *Les paiements par virement de crédit* (1978)
22. *Infractions sexuelles** (1978)
23. *Les critères de détermination de la mort** (1979)
24. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (1979)
25. *Les organismes administratifs autonomes** (1980)
26. *Le traitement médical et le droit criminel** (1980)
27. *Le jury en droit pénal** (1980)
28. *Euthanasie, aide au suicide et interruption de traitement** (1982)
29. *Partie générale : responsabilité et moyens de défense* (1982)
30. *Les pouvoirs de la police : les fouilles, les perquisitions et les saisies en droit pénal** (1983)
31. *Les dommages aux biens — Le vandalisme* (1984)
32. *L'interrogatoire des suspects* (1984)
33. *L'homicide* (1984)
34. *Les méthodes d'investigation scientifiques* (1984)
35. *Le libelle diffamatoire* (1984)
36. *Les dommages aux biens — Le crime d'incendie* (1984)
37. *La juridiction extra-territoriale* (1984)
38. *Les voies de fait* (1985)
39. *Les procédures postérieures à la saisie* (1985)
40. *Le statut juridique de l'Administration fédérale* (1985)
41. *L'arrestation* (1985)
42. *La bigamie* (1985)
43. *Les techniques de modification du comportement et le droit pénal* (1985)
44. *Les crimes contre l'environnement* (1985)
45. *La responsabilité secondaire* (1985)
46. *L'omission, la négligence et la mise en danger* (1985)
47. *La surveillance électronique* (1986)
48. *L'intrusion criminelle* (1986)
49. *Les crimes contre l'État* (1986)

La Commission a également publié au-delà de soixante-dix documents d'étude portant sur divers aspects du droit. Pour obtenir le catalogue des publications, écrire à : Commission de réforme du droit du Canada, 130 rue Albert, Ottawa (Ontario) K1A 0L6, ou Bureau 310, Place du Canada, Montréal (Québec) H3B 2N2.

---

* Ces documents sont épuisés mais ils peuvent être consultés dans de nombreuses bibliothèques.

LA PROPAGANDE HAINEUSE

On peut obtenir ce document gratuitement en écrivant à :

Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert, 7e étage
Ottawa, Canada
K1A 0L6

ou

Bureau 310
Place du Canada
Montréal (Québec)
H3B 2N2

© Commission de réforme du droit du Canada 1986
Nº de catalogue J32-1/50-1986
ISBN 0-662-54421-8

Commission de réforme
du droit du Canada

Document de travail 50

LA PROPAGANDE HAINEUSE

1986

La Commission

M. le juge Allen M. Linden, président
Me Gilles Létourneau, vice-président
Me Louise Lemelin, c.r., commissaire
Me Joseph Maingot, c.r., commissaire
Me John Frecker, commissaire

Secrétaire et coordonnateur de la section de recherche sur les règles de fond du droit pénal

François Handfield, B.A., LL.L.

Conseiller spécial

Patrick Fitzgerald, M.A. (Oxon.)

Conseiller principal

Philippe Turp, LL.B.

Adjoint au conseiller principal

Glenn Gilmour, B.A., LL.B.

Conseiller

Michèle Jacquart, B.A., LL.B.

Avis

Ce document de travail présente l'opinion de la Commission à l'heure actuelle. Son opinion définitive sera exprimée dans le rapport qu'elle présentera au ministre de la Justice et au Parlement, après avoir pris connaissance des commentaires faits dans l'intervalle par le public.

Par conséquent, la Commission serait heureuse de recevoir tout commentaire à l'adresse suivante :

Secrétaire
Commission de réforme du droit du Canada
130, rue Albert
Ottawa, Ontario
K1A 0L6

Table des matières

INTRODUCTION 1

CHAPITRE UN : Le droit relatif à la propagande haineuse 3

I. Historique des infractions relatives à la propagande haineuse 3

A. Le droit anglais 3

B. Le droit canadien 4

II. Le droit actuel 7

A. La fomentation du génocide 8

B. L'incitation publique à la haine 8

C. La fomentation volontaire de la haine 8

D. Définitions communes 12

(1) Groupe identifiable 12

(2) Communication de déclarations 12

E. La confiscation et la saisie 13

F. La diffusion de fausses nouvelles 13

III. Les défauts d'organisation, de forme, de style et les incertitudes du droit actuel 15

A. Organisation, forme et style 15

B. Incertitudes 16

CHAPITRE DEUX : Réformes proposées 19

I. Liberté d'expression vs liberté de provoquer la haine : À la recherche d'un équilibre 19

A. Les obligations internationales 19

(1) La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* 19

(2) La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* 21

B. Les législations étrangères 22

(1) La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* 22

(2) La France 23

(3) La République fédérale d'Allemagne 24

(4) Le Royaume-Uni 24

(5) Les États-Unis 25

(a) Le droit actuel 25

(b) Les propositions de réforme 27

C. Autres propositions de réforme des dispositions canadiennes relatives à la propagande haineuse 27

II. Liberté d'expression vs liberté de provoquer la haine : L'équilibre 28

A. Le génocide 30

B. La diffusion de fausses nouvelles 33

C. La fomentation de la haine 34

(1) Le préjudice visé 34

(2) Particuliers ou groupes? 35

(3) La sélection des groupes 35

(4) Réserves 37

CONCLUSION 45

RECOMMANDATIONS 46

ANNEXE A : Législations canadiennes relatives aux droits et libertés de la personne 49

ANNEXE B : La pornographie et la propagande haineuse 51

BIBLIOGRAPHIE 55

DÉCLARATIONS, CONVENTIONS ET TRAITÉS INTERNATIONAUX 61

TABLE DE JURISPRUDENCE 63

L'antisémitisme ne rentre pas dans la catégorie de pensées que protège le Droit de libre opinion.
D'ailleurs, c'est bien autre chose qu'une pensée. C'est d'abord une passion.

Jean-Paul Sartre,
Réflexions sur la question juive

[TRADUCTION]
J'ai reconnu aux nazis la liberté de parole quand ils ont voulu tenir une marche à Skokie, et cela afin de battre les nazis. Défendre mon ennemi est pour moi la seule façon de protéger une société libre contre les ennemis de la liberté.

Aryeh Neier,
Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom

Introduction

Notre *Code criminel* prohibe non seulement les atteintes par les gestes mais réprime également celles par les paroles. La publication de certains mots peut être considérée comme injurieuse aux yeux de l'intérêt public. Les infractions telles que le libelle séditieux, le libelle diffamatoire et la propagande haineuse se classent parmi cette catégorie.

Dans notre document de travail intitulé *Le libelle diffamatoire*[1], nous avons examiné dans le contexte des atteintes à la réputation de la personne, les limites pouvant être imposées par le droit criminel à la liberté d'expression. En accord avec le principe que le droit pénal ne doit être utilisé qu'avec modération et en ayant conclu que le droit pénal n'a pu être considéré comme une arme efficace pour lutter contre la diffamation, nous avons recommandé l'abolition du crime de libelle diffamatoire[2].

Contrairement au crime de libelle diffamatoire, les infractions relatives à la propagande haineuse sont dirigées contre les atteintes à l'égard de certains groupes de notre société. En fait, ces dispositions accordent une protection supplémentaire à de tels groupes car les atteintes réprimées ne comportent pas toujours un caractère diffamatoire.

L'existence de ces infractions en droit criminel canadien soulève néanmoins quelques interrogations. L'atteinte à la dignité et à l'égalité de la personne comporte-t-elle un degré de gravité et de répréhension sociale qui rende à la fois plausible et nécessaire l'intervention du droit pénal? L'engagement envers la communauté internationale de déclarer délit punissable toute discrimination raciale doit-il primer sur toute autre donnée?

Ces infractions suscitent également une vive opposition entre d'une part les tenants d'une liberté d'expression absolue et d'autre part ceux qui en commandent sa limitation afin de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Entre ces deux positions, notre droit criminel cherche à établir un équilibre.

Pour évaluer le rôle que le droit criminel peut jouer en matière de propagande haineuse, nous examinerons le droit actuel et nous exposerons les incertitudes et recenserons les défauts d'organisation, de style et de forme. Nous étudierons également quelques législations de juridictions étrangères et mettrons à jour l'exposé des mesures internationales visant à éliminer la discrimination raciale. Enfin, nous proposerons des modifications législatives susceptibles d'améliorer les dispositions relatives à la propagande haineuse.

---

1. Commission de réforme du droit du Canada, *Le libelle diffamatoire* [Document de travail 35], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

2. *Id.*, p. 65.

CHAPITRE UN

Le droit relatif à la propagande haineuse

I. Historique des infractions relatives à la propagande haineuse

Pour bien comprendre l'évolution des infractions relatives à la propagande haineuse au Canada, il apparaît nécessaire non seulement de faire l'historique de ces dispositions, mais également de relater certaines infractions connexes découlant du droit anglais.

A. Le droit anglais

En 1275, certaines attaques diffamatoires prirent un caractère criminel par l'institution de l'infraction *De Scandalis Magnatum*. On désirait ainsi prohiber la diffusion de fausses rumeurs de nature à susciter la discorde entre le Roi et les personnages importants du royaume[3]. En d'autres termes, ce crime avait pour effet de protéger certaines personnes appartenant à un groupe particulier contre des paroles injurieuses.

Malgré le fait que cette infraction ne se rapporte pas directement à la propagande haineuse, elle conserve néanmoins son importance en raison du fait qu'elle constitue le

---

3. L'infraction *De Scandalis Magnatum*, qui a fait l'objet d'une disposition légale, prohibait la diffusion de

> [TRADUCTION]
> fausses nouvelles ou rumeurs de nature à susciter la discorde ou la calomnie entre le Roi et son peuple, ou les personnages importants du royaume; et le propagateur doit être arrêté et mis en prison jusqu'à ce que soit traduite devant les tribunaux la personne à l'origine de la rumeur (3 Edw. I, chap. 34, *The Statutes of the Realm*, vol. 1, 1810, réimpression Londres, 1963, Dawsons of Pall Mall, p. 35).

Divers commentateurs ont fait observer que la loi visait les mensonges qui, dans une société de seigneurs puissants et armés, mettraient nécessairement en péril la sûreté de l'État. Voir notamment J. Kelly, «Criminal Libel and Free Speech», (1958) 6 *Kansas L. Rev.* 297; *Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel*, 3e éd., Londres, Butterworths, 1869, p. 177; W. Holdsworth, *A History of English Law*, vol. III, Londres, Sweet and Maxwell, 1966, p. 409. D.A. Elder, dans «Kentucky Criminal Libel Law and Public Officials — An Historical Anachronism?», (1981) 8 *N. Ky. L. Rev.* 37, p. 40, souligne ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Dans le but exprès de défendre l'ordre établi, le législateur anglais adoptait pour la première fois ce qui constitue essentiellement une loi tendant à réprimer pénalement le libelle — une loi créant un précédent dont le but et l'effet étaient de soumettre à des restrictions légalement définies l'exercice de la liberté d'expression, lorsque celle-ci implique des critiques à l'égard des institutions et des titulaires de charge publique.

En réalité, l'infraction de *scandalum magnatum* qui avait été instituée a rarement été imputée. Elle a fini par être abolie en Angleterre par le *Statute Law Revision Act, 1887*, 50 & 51 Vict., chap. 59.

fondement de l'article 177 du *Code criminel* canadien relatif à la diffusion de fausses nouvelles qui fut récemment utilisé dans une poursuite de publication de propagande haineuse. Cet article sera analysé un peu plus loin dans le présent document.

En common law, le droit civil ne prévoit aucune protection contre la diffamation à l'égard des groupes. Tout au plus, celui-ci protège les membres du groupe comme individus. Ceux-ci doivent prouver que les paroles diffamatoires les visaient à titre individuel[4].

Par ailleurs, en common law, le droit criminel couvre le cas de diffamation à l'égard des groupes. L'affaire *R.* v. *Osborn*[5], jugée en 1732, est à l'origine des recours criminels en matière de diffamation de groupes. Ainsi, un certain Osborn, dans une publication, accusait les Juifs récemment arrivés du Portugal et habitant Broad Street à Londres, d'avoir brûlé une juive qui avait eu des rapports sexuels avec un chrétien et d'avoir fait périr de la même façon son enfant illégitime. Ce libelle entraîna des désordres et la population s'attaqua aux Juifs dans différents quartiers de la ville. Le tribunal trouva Osborn coupable non pas de libelle en soi mais d'avoir publié un libelle occasionnant une violation de la paix. Dorénavant, une poursuite en libelle diffamatoire à l'égard d'un groupe peut être engagée si les paroles prononcées sont de nature à troubler l'ordre public[6].

B. Le droit canadien

Avant l'insertion au *Code criminel* des infractions relatives à la propagande haineuse, la législation canadienne ne permettait pas de réprimer adéquatement la propagande haineuse.

---

4. S.S. Cohen, «Hate Propaganda — The Amendments to the Criminal Code», (1971) 17 *R. de droit de McGill* 740, p. 741-746.

5. *R.* v. *Osborn*, (1732) 2 Barn. K.B. 138, 166, 94 E.R. 425; W. Kel. 230, 25 E.R. 584; 2 Swanst. R. 503n, 36 E.R. 717. Bien que l'on puisse conclure du compte rendu de Barnardiston qu'il s'agissait en l'espèce d'un libelle dirigé contre un groupement, il ressort des autres comptes rendus que pour le tribunal l'infraction consistait à causer une violation de la paix en provoquant une émeute dirigée contre les Juifs. Voir Commentaires, «Race Defamation and the First Amendment», (1965-66) 34 *Fordham L. Rev.* 653, p. 654-656. On trouvera d'autres exemples de poursuites criminelles à l'égard de libelles dirigés contre des groupes dans *R.* v. *Williams*, (1822) 5 B. & Ald. 595; 106 E.R. 1308 (libelle dirigé contre le clergé du diocèse de Durham) et *Re Gathercole*, (1838) 2 Lewin 237; 168 E.R. 1140 (libelle dirigé contre le couvent de Scorton). J.C. Smith et B. Hogan, *Criminal Law*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1983, p. 775 affirment ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Le libelle à l'égard d'un groupe de personnes n'est pas sujet à procès sauf si le groupe est tellement restreint, par exemple un conseil de direction ou un conseil d'administration, que le libelle peut être tenu pour applicable à chaque membre individuellement, ou s'il est conçu de sorte qu'il semble s'appliquer à un individu. Il est toutefois possible qu'un libelle visant à inciter à la haine à l'égard d'un groupe de personnes, comme le clergé de Durham ou les juges de paix de Middlesex, donne matière à procès, bien qu'il ne porte atteinte à la réputation d'aucune personne. [Nous avons omis les notes en bas de page]

6. M. Gropper, «Hate Literature — The Problem of Control», (1965) 30 *Sask. Bar Rev.* 181, p. 186-187. Voir aussi D.R. Fryer, «Group Defamation in England», (1964) 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 33, p. 46-47 et P.J. Belton, «The Control of Group Defamation: A Comparative Study of Law and Its Limitations», (1960) 34 *Tul. L. Rev.* 299, p. 301-303.

Contrairement au droit pénal anglais, notre infraction de libelle diffamatoire ne s'applique qu'à des attaques diffamatoires contre la personne[7]. La définition de l'expression «personne» à l'article 2 de notre *Code criminel* n'est pas restreinte à des personnes physiques mais couvre aussi les corps publics, les corporations telles que les sociétés et les compagnies. Cependant, les groupes ayant des caractères communs comme la race, la religion, la couleur et l'origine ethnique ne sont pas visés par cette définition[8].

En regard du libelle séditieux, la Cour suprême du Canada dans l'affaire *Boucher* v. *The King*[9] vint interpréter de façon restrictive le terme sédition. Dans cette cause, Boucher, fermier et résident du Québec, fut condamné en première instance pour avoir publié un libelle séditieux contrairement aux anciens articles 133, 133A et 134 (maintenant les articles 60, 61 et 62) du *Code criminel*. Le document intitulé «La haine ardente du Québec pour Dieu, pour le Christ et pour la liberté est un sujet de honte pour tout le Canada» faisait état de façon générale de la persécution vindicative dont les témoins de Jéhovah étaient victimes au Québec en tant que frères dans le Christ.

La Cour suprême acquitta Boucher et décréta que l'intention de créer des sentiments de malveillance et d'hostilité entre les diverses classes de sujets ne suffit pas en soi à constituer une intention séditieuse. Il faut en plus l'intention de déranger l'ordre établi ou de résister à l'autorité: [TRADUCTION] «Personne ne pouvait prétendre que le document visait à susciter chez les catholiques romains de langue française une conduite désordonnée contre leur propre gouvernement, et il serait passablement absurde de le croire visant le même dessein envers les témoins eux-mêmes dans la province[10]».

En regard de la diffusion de fausses nouvelles, cette infraction fut interprétée de façon restrictive dans l'affaire *R.* v. *Carrier*[11]. Suite à l'acquittement de Carrier pour conspiration d'avoir publié un libelle séditieux semblable à l'affaire *Boucher*, la Cour du Banc du Roi (Division criminelle) décida qu'on ne pouvait pour les mêmes faits le condamner pour la diffusion de fausses nouvelles. Le tribunal soutint que l'expression «qui cause ou est de nature à causer une atteinte ou du tort à quelque intérêt public» devrait être interprétée à la lumière de la définition de sédition telle que formulée dans l'affaire *Boucher*.

---

7. Cohen, *supra*, note 4, p. 765.

8. Voir *Ex parte Genest* v. *R.*, (1933) 71 C.S. Qué. 385.

9. *Boucher* v. *The King*, [1951] R.C.S. 265.

10. *Id.*, p. 291, le juge Rand. Pour des commentaires relatifs à la décision *Boucher*, voir F.A. Brewin, «Criminal Law — Sedition — Witnesses of Jehovah — Civil Liberties — Consultation among Members of Appellate Court», (1951) 29 *R. du B. Can.* 193; M. Fenson, «Group Defamation: Is the Cure too Costly?», (1964-65) 1 *Man. L.J.* 255, p. 269-281. Pour un historique du libelle séditieux en Angleterre, aux États-Unis et au Canada, voir l'étude de M.R. MacGuigan dans *Rapport du Comité Spécial de la propagande haineuse au Canada*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966, Appendice I, p. 75-176 (appelé ci-après le Comité Cohen). Voir aussi M.G. Freiheit, «Free Speech and Defamation of Groups by Reason of Color or Religion», (1966) 1 *R.J.T.* 129, p. 134-139; Gropper, *supra*, note 6, p. 187-188.

11. *R.* v. *Carrier*, (1951) 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué., Division criminelle). Pour des commentaires de cette décision, voir Cohen, *supra*, note 4, p. 765; Gropper, *supra*, note 6, p. 188-189; Fenson, *supra*, note 10, p. 278.

Désormais, il apparaît manifeste que pour réprimer efficacement la propagande haineuse, de nouvelles dispositions doivent être incorporées dans notre *Code criminel*. Mais au plan du droit pénal, le *statu quo* fut maintenu pendant plusieurs années[12].

La nécessité d'une intervention du législateur en cette matière se fit cependant sentir dès 1933 lorsque commença à circuler dans diverses régions du pays de la propagande d'inspiration nazie. La province du Manitoba adopte alors une loi tendant à combattre cette propagande[13].

De plus, à l'échelle internationale, les États convinrent de la nécessité d'établir des normes générales de respect à l'égard des personnes et des minorités car la conscience de tous les peuples avait été choquée par la révélation des pratiques inhumaines des régimes totalitaires autant de droite que de gauche dont l'exemple le plus inoubliable fut l'application des politiques du *III^e Reich* préconisant le génocide[14].

Pour beaucoup d'observateurs, il était clair qu'en dépit de l'écrasante défaite d'Hitler et de l'Allemagne, le nazisme resterait vivace durant l'après-guerre, comme en témoignaient la persistance de certaines formes de propagande raciste, l'incitation à la haine contre des groupes identifiables et même l'incitation au génocide dans certains cas au sein des sociétés du reste démocratiques[15].

Les premières revendications législatives réprimant la propagande haineuse à l'égard des groupes religieux et ethniques remontent à mars 1953. À cette époque, des groupes minoritaires traditionnellement vulnérables ont porté leur cause devant le Comité mixte de la Chambre des communes et du Sénat chargé de la révision du *Code criminel*[16]. Cependant, la propagande haineuse continuait durant toute cette période et on assistait à une recrudescence à la fin des années 1950 et au début des années 1960[17].

---

12. Cohen, *supra*, note 4, p. 768.

13. *The Libel Act*, S.M. 1934, chap. 23, art. 13A, maintenant S.R.M. 1970, chap. D20, par. 19(1). Voir aussi Z. Chafee, *Government and Mass Communications*, Hamden (Connecticut), Archon Books, 1965, p. 117; P. Paraf, *Le racisme dans le monde*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1981, p. 189; W.S. Tarnopolsky, «The Control of Racial Discrimination», dans R.St.J. Macdonald et J.P. Humphrey (éds), *The Practice of Freedom*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 295.

14. M. Cohen, «Human Rights and Hate Propaganda: A Controversial Canadian Experiment», dans S. Shoham (éd.), *Of Law and Man*, New York et Tel Aviv, Sabra Books, 1971, p. 59-60.

15. M. Cohen, «The Hate Propaganda Amendments: Reflections on a Controversy», (1971) 9 *Alta. L. Rev.* 103, p. 105.

16. B.G. Kayfetz, «The Story behind Canada's New Anti-Hate Law», (mai-juin 1970) *Patterns of Prejudice* 5. Voir également Fenson, *supra*, note 10, p. 271-276.

17. Cohen, *supra*, note 15, p. 104. Voir également W.S. Tarnopolsky, «Freedom of Expression v. Right to Equal Treatment», (Centennial Edition 1967) *U.B.C. L. Rev. — C. de D.* 43, p. 45. Pour une étude détaillée des activités du Parti nazi canadien à Toronto durant le milieu des années soixante, consulter M.R. MacGuigan, «Hate Control and Freedom of Assembly», (1966) 31 *Sask. Bar Rev.* 232.

En janvier 1965, le ministre de la Justice de l'époque, l'honorable Guy Favreau mit sur pied un comité spécial chargé d'étudier les problèmes relatifs à la diffusion de propagande haineuse au Canada[18].

Dans ses conclusions, le *Rapport du Comité Cohen* souligna que le droit canadien ne pourrait pas fournir une base juridique suffisamment efficace pour prévenir et combattre la propagande haineuse[19]. Le Comité recommanda alors qu'il serait souhaitable de rédiger un projet de modification au *Code criminel* pour y inclure des dispositions concernant la propagande haineuse[20].

Désireux d'harmoniser sa législation avec les principes de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*[21] et de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[22] et, eu égard aux recommandations du Comité Cohen et aux principes fondamentaux de la *Déclaration canadienne des droits*[23], le législateur s'est efforcé de combler plusieurs lacunes de notre droit pénal. Effectivement, soucieux d'affirmer les principes de droit international et de marquer sans équivoque le caractère intolérable des pratiques racistes dans notre société, il s'engage à sanctionner sur le plan pénal les attitudes discriminatoires.

En 1970, le législateur canadien inclut au *Code criminel* des dispositions relatives à la propagande haineuse[24]. Ce sont la fomentation du génocide, l'incitation publique à la haine, et la fomentation volontaire de la haine.

II. Le droit actuel

Les dispositions actuelles du *Code criminel* traitant directement et indirectement de la propagande haineuse sont au nombre de quatre : la fomentation du génocide, l'incitation publique à la haine, la fomentation volontaire à la haine et la diffusion de fausses nouvelles.

---

18. Canada, Débats de la Chambre des communes, 2e Session, 26e Législature, Vol. XI, 25 février 1965, p. 11906-11907.

19. Comité Cohen, *supra*, note 10, p. 61. Pour quelques critiques du rapport, voir R.E. Hage, «The Hate Propaganda Amendment to the Criminal Code», (1970) 28 *U.T. Faculty L.R.* 63.

20. Comité Cohen, *supra*, note 10, p. 71-73.

21. Voir *infra*, notes 64 à 67.

22. Voir *infra*, notes 68 et 69.

23. *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, Appendice III.

24. *Loi modifiant le Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. 11 (1re Supp.), modifiant S.R.C. 1970, chap. C-34. Pour des commentaires sur l'évolution du projet de loi relatif à la propagande haineuse, voir Kayfetz, *supra*, note 16, p. 6-8; Tarnopolsky, *supra*, note 17, p. 45-46; Cohen, *supra*, note 4, p. 767-771; Gropper, *supra*, note 6, p. 182, 196-199. Voir aussi Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Compte-rendu*, nº 8 (10 février 1970); nº 9 (17 février 1970); nº 10 (24 février 1970); nº 11 (26 février 1970); nº 12 (3 mars 1970).

A. La fomentation du génocide

L'article 281.1 du *Code criminel* criminalise la fomentation du génocide:

> (1) Quiconque préconise ou fomente le génocide est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de cinq ans.
>
> (2) Dans le présent article, «génocide» signifie l'un ou l'autre des actes suivants commis avec l'intention de détruire totalement ou partiellement un groupe identifiable, à savoir :
>
> *a*) le fait de tuer des membres du groupe, ou
>
> *b*) le fait de soumettre délibérément le groupe à des conditions de vie propres à entraîner sa destruction physique.

Aucune poursuite pour cette infraction ne peut être intentée sans le consentement du procureur général[25].

B. L'incitation publique à la haine

Le paragraphe 281.2(1) du *Code criminel* fait état de la personne qui incite publiquement à la haine:

> (1) Quiconque, par la communication de déclarations en un endroit public, incite à la haine contre un groupe identifiable, lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, est coupable
>
> *a*) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans; ou
>
> *b*) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Ainsi, le fondement de l'infraction est basé sur l'incitation à la haine dans un «endroit public» susceptible d'entraîner une violation de la paix. Le *Code criminel* définit l'expression «endroit public» comme comprenant «tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite[26]».

C. La fomentation volontaire de la haine

Pour ce qui est du paragraphe 281.2(2) du *Code criminel*, il couvre le cas de la personne qui fomente volontairement la haine :

---

25. *Code criminel*, par. 281.1(3). Toutes les références au *Code criminel* renvoient à S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.

26. *Code criminel*, par. 281.2(7).

(2) Quiconque, par la communication de déclarations autrement que dans une conversation privée, fomente volontairement la haine contre un groupe identifiable est coupable

a) d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans; ou

b) d'une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité.

Cette infraction se distingue du paragraphe 281.2(1) du *Code criminel*. En effet, le paragraphe 281.2(2) n'exige pas que l'activité reprochée ait été susceptible d'entraîner une violation de la paix. Par exemple, si l'on distribue des pamphlets à contenu raciste, et si une telle distribution n'est pas susceptible d'entraîner une violation de la paix, la communication de ces pamphlets pourrait être visée par le paragraphe 281.2(2). De plus, la communication de la déclaration doit se produire «autrement que dans une conversation privée».

À l'égard du paragraphe 281.2(2), le législateur a adopté des moyens de défense afin de garantir le respect de la liberté d'expression[27]. Le paragraphe 281.2(3) du *Code criminel* dispose que l'auteur de fomentation volontaire de haine échappe à toute condamnation

a) s'il établit que les déclarations communiquées étaient vraies[28];

b) s'il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion[29];

c) si les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public, et si, en se fondant sur des motifs raisonnables, il les croyait vraies[30]; ou

---

27. Pour une comparaison des moyens de défense proposés par le Comité Cohen et de ceux qui ont été retenus par la suite, voir le Comité Cohen, *supra*, note 10, p. 67-68 et Cohen, *supra*, note 4, p. 775-777.

28. On trouve dans les procès-verbaux du Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes, en date du 26 février 1970, la déclaration suivante de Mark MacGuigan à la page 11:35 :

> Il me semble très important de ne pas trop étendre les limites de ce statut, de maintenir la défense illimitée de la vérité, car si une personne adopte une attitude dont la véracité peut être démontrée ... il semble peu probable qu'elle soit condamnée en raison des circonstances où elle a exprimé une parole.

29. L'histoire législative de cette défense démontre qu'elle a été ajoutée au *Code criminel* afin de compenser l'addition du critère de la religion à celui du groupe identifiable. Le Sénat désirait une défense compensatoire pour établir sans équivoque qu'une discussion de bonne foi sur un sujet religieux ne serait pas exclue. En d'autres mots, le but de cette défense est celui de ne pas empêcher les débats religieux. Cependant, cette logique compensatoire a été mise en doute tout au long des débats parlementaires. Voir Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Compte-rendu*, nº 11 (26 février 1970), p. 11:22 — 11:33. Cette défense ne faisait pas partie des recommandations du Comité Cohen, *supra*, note 10.

30. Le Comité Cohen, *supra*, note 10, a soutenu à la page 67 qu'il fallait «au moins» retenir ce moyen de défense.

d) si, de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada[31].

Aucune poursuite ne peut être intentée sans avoir obtenu au préalable le consentement du procureur général[32].

Le paragraphe 281.2(2) précise qu'il doit y avoir une fomentation *volontaire* de la haine. Quelle est la signification du mot «*volontairement*»? La décision *R.* v. *Buzzanga and Durocher*[33] vient nous éclairer et interprète le mot «volontairement» comme exigeant la poursuite d'un dessein chez l'auteur de l'infraction, soit l'intention de fomenter la haine.

En 1977, Buzzanga et Durocher, deux Franco-ontariens, étaient accusés, en vertu de l'article 281.2(2) du *Code criminel*, d'avoir fomenté volontairement la haine contre les Canadiens-français dans le comté d'Essex en Ontario, en distribuant des tracts anonymes nettement anti-francophones. Ils ont été condamnés en première instance. Cependant, en septembre 1979, la Cour d'appel de l'Ontario infirme les condamnations et ordonne un nouveau procès.

La Cour d'appel a considéré que l'intention des deux accusés, soit de stimuler les francophones dans leur lutte pour obtenir une école française dans la région, ne correspondait pas à l'intention requise de fomenter la haine par le mot «volontairement». La Cour conclut que l'expression «volontairement» n'était pas restreinte au désir de promouvoir la haine :

> [TRADUCTION]
> Prenant pour acquis, sans en décider toutefois, qu'il puisse y avoir des cas où les conséquences voulues sont celles que l'agent avait subjectivement comme but, je conviens du fait qu'en règle générale une personne a une intention quant à une conséquence dont elle prévoit la réalisation comme certaine ou quasi certaine de l'acte qu'elle pose afin d'accomplir un autre dessein quelconque. La prévision de la part de l'agent de la certitude ou de la certitude morale que sa conduite va provoquer la conséquence impose la conclusion qu'en posant quand même l'acte de nature à la produire, il a décidé, ne serait-ce qu'à regret, de la causer dans le but d'accomplir son dessein ultime. Son intention englobe les moyens aussi bien que son but ultime[34].

---

31. Cette défense couvre le cas d'une déclaration qui constituerait une tentative dans le but de convaincre ses propres concitoyens de supprimer la cause de cette haine. Par exemple, le chef d'une tribu indienne au Canada qui estime avoir des griefs contre les Blancs du Canada et formule des griefs dans le but d'en supprimer les motifs pourrait invoquer l'alinéa 281.2(3)*d*) pour se disculper. Voir Canada, Débats de la Chambre des communes, 2e Session, 28e Législature, Vol. VI, 6 avril 1970, p. 5553.

32. *Code criminel*, par. 281.2(6).

33. *R.* v. *Buzzanga and Durocher*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.).

34. *Id.*, p. 384-385.

Cette interprétation a pour effet d'englober dans l'intention de réaliser le résultat, la prévision de l'agent que sa conduite entraînera de manière certaine ou quasi certaine la réalisation de celui-ci. Cette forme de *mens rea* exclut l'insouciance[35].

Dans la décision récente *R.* v. *Keegstra*[36], l'accusé, ex-maire et ex-professeur d'Eckville en Alberta, a été trouvé coupable d'avoir fomenté volontairement la haine contre le peuple juif en dispensant un enseignement interprétant ou tendant à nier l'existence de la persécution envers les Juifs en prétendant que l'holocauste n'était qu'un mythe perpétré par une conspiration juive.

Dans l'affaire *R.* v. *Keegstra*[37], suite au débat entourant la validité constitutionnelle des crimes de propagande haineuse, la Cour lors de l'enquête préliminaire est venu poser les jalons de la liberté d'expression en regard de ces crimes.

Pour évaluer la justification des restrictions qui pourraient être apportées aux droits et libertés garantis par la *Charte canadienne des droits et libertés*[38], le juge Quigley tentait de concilier la liberté d'expression avec les droits à l'égalité garantis par l'article 15 de la Charte et l'article 27 qui stipule que toute interprétation de la Charte doit concorder avec le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens[39]. Il concluait dans les termes suivants :

---

35. *Id.*, p. 381. Pour des commentaires relatifs à la décision *R.* v. *Buzzanga and Durocher*, consulter M. Manning, *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the* Constitution Act, 1982, Toronto, Emond-Montgomery, 1983, p. 603; J. Fortin et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Thémis, 1982, p. 140-141.

36. *R.* v. *Keegstra*, B.R. Alb., 20 juillet 1985, le juge Mackenzie (inédit). Keegstra a été condamné à verser une amende de 5000 $. Au moment de la publication du présent document, Keegstra avait interjeté appel de sa condamnation et la Couronne s'était pourvue contre la sentence au moyen d'un appel incident. Pour une analyse de l'arrêt *Keegstra*, voir S. Mertl et J. Ward, *Keegstra: The Trial, the Issues, the Consequences*, Saskatoon, Western Producer Prairies Books, 1985; D. Bercuson et D. Wertheimer, *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair*, Toronto, Doubleday Canada, 1985.

37. *R.* v. *Keegstra* (1984), 19 C.C.C. (3d) 254 (B.R. Alb.). Pour un examen d'une loi canadienne relative à la propagande haineuse en rapport avec le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, voir *John Ross Taylor and the Western Guard Party* v. *Canada*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2097. Pour une interprétation de la Charte canadienne au regard du droit international et sa mise en œuvre en droit interne, voir D. Turp, «Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel», (1984) 18 *R.J.T.* 353.

38. *Charte canadienne des droits et libertés*, *Loi constitutionnelle de 1982*, mise en œuvre par la *Loi de 1982 sur le Canada* (R.-U.), chap. 11.

39. Paragraphe 15(1) de la Charte : «La loi ne fait exception de personne et s'applique également à tous, et tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination, notamment des discriminations fondées sur la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques». Article 27 de la Charte: «Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens».

[TRADUCTION]
À mon sens, la fomentation volontaire de la haine dans les circonstances visées au paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* canadien viole de toute évidence les principes reconnus de la dignité et de la valeur des membres de groupes identifiables, individuellement et collectivement; elle est incompatible avec le caractère sacré des valeurs morales et spirituelles qui nous force à défendre et à protéger la dignité de chaque membre de la société; elle dénie ou restreint les droits et libertés de ces groupes, et leur dénie en particulier le droit à la même protection et au même bénéfice de la loi, indépendamment de toute discrimination.

Vu l'état des choses, je suis d'avis que les dispositions du paragraphe 281.2(2) du *Code* ne peuvent pas rationnellement être tenues pour une atteinte à la «liberté d'expression», mais qu'elles sont au contraire une sauvegarde visant à la promouvoir. La protection qu'offre cette proscription tend à chasser l'appréhension qui sans cela pourrait empêcher certains éléments de notre société de s'exprimer librement sur toutes les questions d'ordre social, économique, scientifique, politique, religieux ou spirituel. Le droit d'exprimer sans entrave des opinions divergentes sur ces sujets est le type de liberté d'expression que protège la Charte[40].

D. Définitions communes

(1) Groupe identifiable

Pour les trois infractions énumérées précédemment, la communication de déclarations doit être dirigée contre un groupe identifiable dont nous retrouvons la définition au paragraphe 281.1(4) du *Code criminel*:

> Dans le présent article, «groupe identifiable» désigne toute section du public qui se différencie des autres par la couleur, la race, la religion ou l'origine ethnique.

(2) Communication de déclarations

À l'égard des infractions prévues aux paragraphes 281.2(1) et (2) du *Code criminel*, l'incitation à la haine et la fomentation volontaire de la haine doivent être le résultat d'une «communication de déclarations». Le paragraphe 281.2(7) du *Code* définit ces expressions de la façon suivante :

> «communiquer» comprend la communication par téléphone, radio-diffusion ou autres moyens de communication visuelle ou sonore;
>
> «déclarations» comprend les mots parlés, écrits ou enregistrés par des moyens électroniques ou électromagnétiques ou autrement, et les gestes, signes ou autres représentations visibles.

---

40. *R.* v. *Keegstra*, *supra*, note 37, p. 268.

E. La confiscation et la saisie

Lorsqu'une personne est déclarée coupable d'une des infractions dont nous venons de traiter, un magistrat ou un juge au procès peut ordonner que toutes choses au moyen desquelles ou à l'égard desquelles l'infraction a été commise soient confisquées au profit de Sa Majesté[41]. De plus, l'article 281.3 du *Code criminel* prévoit l'émission d'un mandat de saisie par un juge convaincu, par une dénonciation sous serment, qu'il existe des motifs raisonnables de croire qu'une publication dont des exemplaires sont gardés aux fins de vente ou de distribution dans un local du ressort du tribunal est de la propagande haineuse. La propagande haineuse, définie au paragraphe 281.3(8) du *Code*, désigne tout écrit, signe ou représentation visible qui préconise ou fomente le génocide, ou dont la communication par toute personne constitue une infraction aux termes de l'article 281.2.

F. La diffusion de fausses nouvelles

L'article 177 du *Code* réprime la diffusion de fausses nouvelles :

> Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de deux ans, quiconque volontairement publie une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'il sait fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

L'origine de cette infraction au sein de notre *Code criminel* provient du crime *De Scandalis Magnatum* de 1275[42]. Quelques décisions ont été rendues à ce sujet.

Dans l'affaire *R.* v. *Hoaglin*[43], l'accusé, un marchand de l'Alberta, annonce une vente de fermeture dans les termes suivants :

> [TRADUCTION]
> J'ai décidé de quitter le Canada. On ne désire pas d'Américains dans ce pays. Faites enquête avant d'acheter des terres et des fermes dans ce pays.

L'accusé est déclaré coupable. Cette «fausse nouvelle» fut considérée comme contraire à l'intérêt public puisqu'il est dans l'intérêt du Canada d'attirer les immigrants.

Dans la décision *R.* v. *Carrier*[44], la Cour d'appel du Québec (Division criminelle) soutint que l'expression «qui cause ou est de nature à causer une atteinte ou du tort à

---

41. *Code criminel*, par. 281.2(4). Aux termes du paragraphe 281.2(5), sont exempts de saisie les installations ou le matériel de téléphone, télégraphe ou autre moyen de communication qui sont la propriété d'une personne qui assure un service de communication offert au public.

42. F.R. Scott, dans «Publishing False News», (1952) 32 *R. du B. Can.* 37, fait l'historique de cette infraction. À la page 47, Scott prévoit également que cette infraction pourrait servir à protéger des groupes raciaux et religieux contre des attaques haineuses.

43. *R.* v. *Hoaglin*, (1907) 12 C.C.C. 226 (C.S. T.N.-O.).

44. *R.* v. *Carrier*, *supra*, note 11.

quelque intérêt public» devrait être interprétée en regard de la définition de sédition telle que formulée dans la cause *Boucher*.

Dans l'affaire *R.* v. *Kirby*[45], il a été décidé que la publication d'un journal contestataire, qui parodie un autre journal (*The Gazette*) en racontant une fausse histoire à l'effet que le maire de Montréal avait été tué par un hippie fou et drogué, n'était pas suffisante pour justifier une condamnation selon l'ancien article 166 (devenu 177) du *Code criminel*. Ce journal contestataire n'a pas causé une atteinte ou un tort à l'intérêt public bien qu'il ait pu causer un embarras ou un inconvénient au rédacteur en chef du journal *The Gazette*.

Cependant, la décision récente *R.* v. *Zundel*[46] a démontré la possibilité d'utiliser cette disposition afin de combattre la propagande haineuse. L'accusé a été trouvé coupable d'avoir sciemment diffusé de fausses nouvelles en publiant une brochure intitulée *Did Six Million Really Die*? et en provoquant ainsi de l'intolérance raciale et sociale. Il fut cependant acquitté de l'accusation d'avoir sciemment causé une atteinte ou du tort à l'intérêt public en publiant un pamphlet soutenant qu'il y avait une conspiration juive et communiste à l'échelle internationale.

En effet, il semble clair que l'article 177 du *Code criminel* trouve source d'application pour des cas de propagande haineuse. De plus, il semblerait que cette infraction couvre également les déclarations écrites et orales[47].

En définitive, le Parlement a prévu trois infractions pour combattre la propagande haineuse. La réalité a démontré que ces infractions ont rarement fait l'objet de poursuites. La forme de propagande haineuse prévue à l'article 281.1 du *Code criminel*, soit l'infraction de génocide, ne se produit que peu souvent. Quant aux paragraphes 281.2(1) et (2) du *Code*, les difficultés de preuve de certains éléments semblent être un obstacle aux poursuites. À titre d'exemple, les conséquences de l'incitation publique à la haine n'ont pas nécessairement pour résultat d'entraîner une violation de la paix. Que dire de l'élément intentionnel de la fomentation de la haine et des moyens de défense qui sont rattachés au paragraphe 281.2(2)? De plus, l'article 281.1 et le paragraphe 281.2(2) du *Code* exigent l'obtention du consentement du procureur général pour poursuivre et ce, pour éviter toute poursuite futile et injustifiée. Si ces difficultés paraissent fermer la porte à des poursuites en matière de propagande haineuse, l'affaire *Zundel* et l'article 177 du *Code* ne l'ouvrent-ils pas?

---

45. *R.* v. *Kirby*, (1970) 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.).

46. *R.* v. *Zundel*, Cour de district de l'Ontario; condamnation le 28 février 1985, sentence le 25 mars 1985, le juge Locke (inédit). Au moment de la publication du présent document, Zundel avait interjeté appel de sa condamnation. Pour une analyse du procès Zundel, voir H.R.S. Ryan, «The Trial of Zundel, Freedom of Expression and the Criminal Law», (1985) 44 *C.R.* (3d) 334.

47. Scott, *supra*, note 42, p. 43-44.

III. Les défauts d'organisation, de forme, de style et les incertitudes du droit actuel

Ayant examiné le droit actuel, nous constatons qu'il comporte d'évidentes imperfections. Sans aucun doute, la question fondamentale est de déterminer si ces infractions devraient ou non exister et si oui, quels comportements devraient-elles prohiber? Ceci sera toutefois analysé dans une autre section portant sur le rôle que doit jouer le droit criminel relativement à la propagande haineuse. Dans la présente section, nous procéderons à l'examen des défauts d'organisation, de forme et de style ainsi qu'à celui des incertitudes de ces dispositions.

A. Organisation, forme et style

Un des principes à la base de l'organisation des infractions au sein du *Code* est d'assurer une consultation facile. Il nous apparaît approprié qu'une définition s'appliquant à plusieurs infractions se retrouve dans une disposition distincte, soit au début du *Code*, soit au début du groupe d'infractions auxquelles s'applique la définition. La définition de l'expression «groupe identifiable» s'applique à toutes les infractions spécifiques à la propagande haineuse et revêt une importance fondamentale pour l'application de ces dispositions. Or, la définition se retrouve actuellement à l'article 281.1 du *Code criminel* alors qu'elle devrait être dans un article définitoire distinct.

Où devrait-on incorporer dans le *Code* les présentes dispositions en matière de propagande haineuse? À l'heure actuelle, celles-ci se trouvent à la Partie VI intitulée *Infractions contre la personne et la réputation*.

Assurément, la propagande haineuse peut atteindre une «personne» faisant partie d'un groupe. Cependant, le législateur a principalement mis l'accent sur les déclarations qui sont dirigées contre un «groupe identifiable». Pour leur part, Mewett et Manning soutiennent que la substance de ces infractions se rattache davantage aux dangers qu'elle peut provoquer à la tranquillité de l'État[48]. Pour notre part, dans un nouveau code, ces crimes devraient s'intégrer à l'intérieur des infractions contre la société[49].

En outre, les dispositions de l'article 281.3 qui prévoient la confiscation n'ont pas leur place parmi ces crimes. L'article 281.3 crée des procédures *in rem* visant la saisie et la confiscation de la propagande haineuse. La Commission a déjà recommandé que ces dispositions soient retirées du *Code* pour être incorporées à des textes réglementaires

---

48. A.W. Mewett et M. Manning, *Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985, p. 447-448.

49. Voir aussi N. Lerner qui montre que des états avancent que ces infractions au regard de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale* devraient être incluses dans les infractions contre la société. N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, 2e éd., Alphen aan den Rijn et Rockville (Maryland), Sijthoff & Noordhoff, 1980, p. 44.

fédéraux[50]. Par ailleurs, les paragraphes 281.2(4) et (5) portent sur la confiscation de la publication après la déclaration de culpabilité relative à une infraction de propagande haineuse. Certes, ils cadreraient bien avec les procédures postérieures à la saisie[51], mais on peut se demander s'ils ont leur place au sein de ces crimes ou s'il n'y aurait pas lieu de les intégrer aux dispositions relatives à la détermination de la peine.

B. Incertitudes

Au sein de ces infractions, nous notons quelques incertitudes. Parmi celles-ci, l'expression «communication de déclarations», que nous trouvons aux paragraphes 281.2(1) et (2), inclut-elle toutes sortes de déclarations? Lors de l'étude de l'article 13 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*[52], certaines personnes devant le Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes ont expliqué que les dispositions actuelles du *Code criminel* ne pouvaient s'appliquer à des messages haineux enregistrés et transmis par téléphone[53]. Julian Sher mentionna que la définition actuelle de l'expression «communiquer» ne couvrirait pas certaines innovations techniques comme la haute technologie par ordinateur[54]. L'accès à un terminal d'informatique par son propre ordinateur diffusant des messages haineux constitue-t-il une «communication» au sens du paragraphe 281.1(7) du *Code criminel*[55]? L'ordinateur est-il considéré comme un moyen de communication visuelle? Finalement, le Rapport Fraser sur la pornographie et la prostitution concluait que la définition de l'expression «déclarations» incluse au *Code criminel* ne couvrirait pas toutes les représentations visuelles[56].

Qu'en est-il de la notion de «conversation privée»? À quel point parle-t-on assez fort pour qu'une conversation privée cesse d'être privée? Dans quelles circonstances, dans l'entourage audible de combien de personnes une conversation privée cesse-t-elle

---

50. Commission de réforme du droit du Canada, *Les fouilles, les perquisitions et les saisies* [Rapport 24], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984, p. 57-59.

51. Voir Commission de réforme du droit du Canada, *Les procédures postérieures à la saisie* [Document de travail 39], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985 et *id.*, *La façon de disposer des choses saisies* [Rapport 27], Ottawa, CRDC, 1986.

52. *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, par. 13(1) :

> Constitue un acte discriminatoire le fait pour une personne ou un groupe de personnes agissant d'un commun accord d'utiliser ou de faire utiliser un téléphone de façon répétée en recourant ou en faisant recourir aux services d'une entreprise de télécommunication relevant de la compétence du Parlement pour aborder ou faire aborder des questions susceptibles d'exposer à la haine, au mépris ou au ridicule des personnes appartenant à un groupe identifiable pour un motif de distinction illicite.

53. Voir W.S. Tarnopolsky, *Discrimination and the Law in Canada*, Toronto, Richard DeBoo, 1981, p. 339.

54. J. Sher, «The Propaganda of Hatred», (décembre 1984) LXIV:744 *The Canadian Forum* 20.

55. «High-Tech Hatred», *Newsweek*, 24 décembre 1984, p. 20.

56. Rapport du Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, *La pornographie et la prostitution au Canada*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985, vol. 1, p. 348 (appelé ci-après le Comité Fraser).

d'être privée[57]? Inclut-elle une conversation entre deux personnes dans un endroit public ou une conversation entre trois personnes réunies dans un endroit privé en train de mettre sur pied une stratégie de diffusion de propagande haineuse[58]? Le terme «conversation privée» s'interprétera-t-il de la même manière que le terme «communication privée» que l'on trouve à l'article 178.1 du *Code criminel*[59]?

Dans un autre ordre d'idées, pourquoi ne devrions-nous pas retrouver une définition de la «haine» au sein du *Code criminel*? À l'heure actuelle, seule la «propagande haineuse» est définie au *Code*[60].

Relativement à l'article 177 du *Code*, il semble incertain de prévoir quelles déclarations sont visées. Quel est le sens de l'expression «causer ou de nature à causer une atteinte ou du tort à l'intérêt public»? L'arrêt *R.* v. *Carrier*[61] a interprété cette expression de façon restrictive en concluant qu'une publication doit porter atteinte à l'autorité établie. Mais la décision *Zundel*[62] élargit la portée de cette disposition.

Que le droit actuel contienne certains défauts n'est pas surprenant. Plusieurs de ces infractions sont relativement jeunes. Mais il n'est pas souhaitable que notre droit criminel comporte de tels défauts. Néanmoins, résoudre ces difficultés n'est pas suffisant. Il est essentiel au regard de l'orientation que prendra notre droit criminel de remanier convenablement les dispositions se rapportant à la propagande haineuse.

---

57. Voir W.S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*, 2e éd., Toronto, McClelland and Stewart, 1975, p. 191.

58. Voir Hage, *supra*, note 19, p. 71.

59. Selon la définition de l'article 178.1, l'expression «communication privée» désigne, par rapport à l'infraction consistant à intercepter les communications, toute communication orale ou télécommunication faite dans des circonstances telles que son auteur peut raisonnablement s'attendre à ce qu'elle ne soit pas interceptée par une personne autre que la personne à laquelle il la destine. Cette définition fait appel à la notion fondamentale de la protection raisonnable de l'intimité de la vie privée.

60. Selon la définition du paragraphe 281.3(8), l'expression «propagande haineuse» désigne tout écrit, signe ou représentation visible qui préconise ou fomente le génocide, ou dont la communication par toute personne constitue une infraction aux termes de l'article 281.2.

61. *R.* v. *Carrier*, *supra*, note 11.

62. *R.* v. *Zundel*, *supra*, note 46.

CHAPITRE DEUX

Réformes proposées

I. Liberté d'expression vs liberté de provoquer la haine : À la recherche d'un équilibre

Au regard de la propagande haineuse, il est particulièrement difficile de cerner le rôle que devrait jouer le droit pénal puisque cela exige le réexamen du conflit de valeurs entre, d'une part, la liberté d'expression et, d'autre part, l'intérêt de l'État à réprimer les propos injurieux pour le public. Le problème le plus épineux auquel nous avons eu à faire face dans notre document de travail intitulé *Le libelle diffamatoire* a consisté à résoudre ce conflit. Sans aucun doute, il en sera de même dans le présent document.

Le droit pénal a tenté d'atteindre un équilibre entre la liberté d'expression et la préservation de la paix dans la société en incriminant certains mots, mais pas tous les mots. Le fait que le droit pénal vise un certain équilibre ne constitue cependant pas une garantie que l'équilibre atteint est satisfaisant. Comme nous le faisions ressortir dans notre document intitulé *Le libelle diffamatoire*, le simple fait que le droit pénal ait prohibé certains mots par le passé n'est pas une raison suffisante pour continuer de les incriminer[63]. Au surplus, la prohibition dont l'État a frappé certains mots dans le passé ne saurait justifier la promulgation de nouveaux textes d'incrimination visant des mots. En fait, il faut démontrer que l'État a légitimement intérêt à exercer un droit de regard sur les mots dans le contexte de la société moderne. En raison même de cette exigence, notre étude ne peut se limiter aux règles de droit existantes.

Dans cette optique, il nous apparaît opportun d'examiner les règles de droit en vigueur dans quelques États ainsi que de considérer les récentes propositions de réforme relatives aux infractions de propagande haineuse.

A. Les obligations internationales

(1) La *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*[64]

---

63. *Supra*, note 1.

64. *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, (1969) 660 R.T.N.U. 213. Le Canada a signé la Convention le 24 août 1966 et l'a ratifiée le 14 octobre 1970. Voir Secrétariat d'État, *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination*

Aux termes de cette Convention, à laquelle le Canada est partie, les États parties ont l'obligation d'intégrer à leur droit interne des délits relatifs à la discrimination raciale[65]. Quant au droit pénal canadien, les dispositions de l'article 4 de cette Convention revêtent une grande importance[66]. En effet, les États parties s'engagent à déclarer délit punissable

---

raciale : sixième rapport du Canada, août 1979 à juillet 1982, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983. Le 24 août 1984, date de clôture de la trentième session du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale, 124 états étaient parties à la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*. Voir Nations Unies, Documents officiels, *Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale*, Assemblée générale, Trente-neuvième session, Supplément nº 18 (A/34/18), New York, 1984, para. 1, p. 2. Voir également P. Tremblay, «Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale», (1966) 26 *R. du B.* 360. Pour une documentation relative à la Convention, voir D. Vincent-Daviss, «Human Rights Law: A Research Guide to the Literature — Part I: International Law and The United Nations», (automne 1981) 14 *N.Y.U. J. Int. L. & Pol.* 209, p. 278-280.

65. Ce sont les États eux-mêmes qui doivent assumer la principale responsabilité sur leurs territoires respectifs de la lutte contre la discrimination raciale et de son élimination. L'action internationale vient seulement compléter celle des pays considérés et ne peut remplacer l'action nationale. Voir H. Santa Cruz, *La discrimination raciale*, New York, Nations Unies, 1977, p. 45 et s.; N. Lerner, *The Crime of Incitement to Group Hatred: A Survey of International and National Legislation*, New York, World Jewish Congress, 1965, p. 79; T. Buergenthal, «Implementing the U.N. Racial Convention», (1977) 12 *Tex. Int. L.J.* 187.

L'article 4 de la Convention n'est pas d'application automatique. Même si la Convention est incorporée ou adoptée pour faire partie du droit interne, l'article 4 ne peut être appliqué que si les lois visent à mettre en œuvre les dispositions de cet article. Voir Nations Unies, J. Inglés, *Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, 18 mai 1983, A/Conf. 119/10, par. 216, p. 108 et T. Meron, «The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», (1985) 79 *Am. J. Int. L.* 283, p. 297. Voir également N. Lerner, «Curbing Racial Discrimination — Fifteen Years CERD», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 170, p. 173-174.

66. Article 4 de la *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*:

> Les États parties condamnent toute *propagande* et toutes organisations qui s'inspirent d'idées ou de théories fondées sur la supériorité d'une race ou d'un groupe de personnes d'une certaine couleur ou d'une certaine origine ethnique, ou qui prétendent justifier ou encourager toute forme de *haine et de discrimination raciales*, ils s'engagent à adopter immédiatement des mesures positives destinées à éliminer *toute incitation* à une telle discrimination, ou tous actes de discrimination, et, à cette fin, tenant dûment compte des principes formulés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme et des droits expressément énoncés à l'article 5 de la présente Convention, ils s'engagent notamment:
>
> a) *À déclarer délits punissables par la loi toute diffusion d'idées fondées sur la supériorité raciale ou la haine raciale*, toute incitation à la discrimination raciale, ainsi que tous actes de violence, ou provocation à de tels actes, dirigés contre toute race ou tout groupe de personnes d'une autre couleur ou d'une autre origine ethnique, de même que toute assistance apportée à des activités racistes, y compris leur financement;
>
> b) À déclarer illégales et à interdire les organisations ainsi que les activités de *propagande* organisée et tout autre type d'activité de propagande qui *incitent à la discrimination raciale* et qui l'encouragent et à déclarer délit punissable par la loi la participation à ces organisations ou à ces activités;
>
> c) À ne pas permettre aux autorités publiques ni aux institutions publiques, nationales ou locales, *d'inciter* à la discrimination raciale ou de l'encourager. [C'est nous qui soulignons]

L'article 4 est l'article clef de la Convention. Pour des études de l'article 4 de la Convention, voir Inglés, *supra*, note 65, et T.D. Jones, «Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the First Amendment», (1980) 23 *Howard L.J.* 429.

Parmi les instruments internationaux au sein des Nations Unies et autres organismes spécialisés traitant directement et indirectement de la propagande haineuse, voir la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, (1950) 213 R.T.N.U. 223, art. 10; *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, (1976) 999 R.T.N.U. 187, art. 20(2); *Déclaration universelle des droits de*

toute diffusion de propagande haineuse et toute organisation qui encourage la discrimination raciale[67].

(2) La *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[68]

À l'intérieur de cette Convention, à laquelle le Canada est également partie, on trouve une définition exhaustive du terme «génocide». Aux termes de cette Convention, les parties contractantes s'engagent à prendre, sur le plan national, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application des dispositions de la Convention et à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide[69].

À ce sujet, la définition du terme «génocide» que l'on trouve actuellement dans notre *Code Criminel* canadien n'englobe pas tous les éléments de la définition donnée par la Convention. Elle ne s'étend pas notamment à d'autres actes visés par la Convention, c'est-à-dire les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe et le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

---

l'homme, A.G. Rés. 217, Doc. off. A.G., 3e session, Part. 1, Doc. N.U. A/810 (1948), p. 71, art. 29; *Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, A.G. Rés. 1904, Doc. off. A.G., 18e session, supp. nº 15, Doc. N.U. A/5515 (1963), p. 35. Pour une étude comparative de ces différents instruments juridiques au regard de l'incitation à la haine, consulter S.J. Roth, «Anti-Semitism and International Law», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 208, p. 214-217 et G. Sacerdoti, «New Developments in Group Consciousness and the International Protection of the Rights of Minorities», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 116, p. 131. Voir également J.J. Seeley, «Article Twenty of the International Covenant on Civil and Political Rights: First Amendment Comments and Questions», (1970) 10 *Va. J. Int. L.* 328.

67. Le deuxième groupe de délits qui doivent être déclarés punissables selon l'alinéa b) de l'article 4 de la Convention a trait aux organisations formellement établies et aux activités de la propagande qui incitent à la discrimination raciale et qui l'encouragent ainsi que la participation à ces organisations ou à ces activités. Lors de la ratification de la Convention, le Canada n'a émis aucune réserve et n'a fait aucune déclaration interprétative et pourtant aucune disposition visant à faire appliquer l'alinéa b) de l'article 4 ne figure dans le *Code criminel*. Voir Inglés, *supra*, note 65, par. 185, p. 96; Chambre des communes, *Rapport du Comité spécial sur les minorités visibles dans la Société canadienne, L'égalité, ça presse*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984, p. 86-87; Secrétariat d'État, *supra*, note 64, p. 10-11, 17-18.

Le Canada justifie sa position négative à l'égard d'une limitation du droit à la liberté d'association par la *réserve* prévue au préambule de l'article 4 de la Convention, c'est-à-dire la clause «tenant dûment compte» des principes des droits de l'homme.

> [L]e représentant du Canada a fait observer que, selon le Gouvernement canadien, cette disposition devait être interprétée à la lumière du reste de l'article, qui contenait une référence explicite aux principes énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Celle-ci garantissait dans ses articles 19 et 20 la liberté d'opinion, d'expression, de réunion et d'association, il pouvait arriver qu'on se trouvât en présence d'exigences contradictoires qu'il fallait pourtant s'efforcer de concilier. C'est pourquoi le Canada estimait que chaque cas ressortissant à l'alinéa b) de l'article 4 devait être examiné en fonction de ses caractéristiques propres (*Rapport du Comité sur l'élimination de la discrimination raciale*, *supra*, note 64, par. 266, p. 71).

68. *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, (1948) 78 R.T.N.U. 279.

69. *Id.*, articles II, III et V :

> *Article II* : Dans la présente Convention, le génocide s'entend de l'un quelconque des actes ci-après, commis dans l'intention de détruire, en tout ou en partie, un groupe national, ethnique, racial ou

B. Les législations étrangères

(1) La *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*[70]

Dans l'arrêt *Glimmerveen and Hagenbeek* v. *The Netherlands*[71], l'appelant a été déclaré coupable d'incitation à la discrimination raciale en vertu de l'alinéa 137*e*) du code pénal hollandais qui interdit l'expression d'idées [TRADUCTION] «qui incitent à la haine ou à la discrimination ou qui provoquent à des actes de violence dirigés contre un groupe de personnes à raison de leur race, de leur religion ou de leurs convictions à moins que l'expression de ces idées n'ait pour but de communiquer des informations». L'accusé avait en sa possession, en vue de la distribution, un pamphlet préconisant l'expulsion du territoire néerlandais des travailleurs invités, notamment les Turcs. La Commission européenne des droits de l'homme a rejeté son argument suivant lequel cette activité était protégée par les dispositions de l'article 10 de la Convention, qui assujettit l'exercice de la liberté d'expression à certaines restrictions[72].

---

religieux, comme tel : a) Meurtre de membres du groupe; b) Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe; c) Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle; d) Mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe; e) Transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe.

Article III : Seront punis les actes suivants : a) Le génocide; b) L'entente en vue de commettre le génocide; c) L'incitation directe et publique à commettre le génocide; d) La tentative de génocide; e) La complicité dans le génocide.

Article V : Les parties contractantes s'engagent à prendre, conformément à leurs constitutions respectives, les mesures législatives nécessaires pour assurer l'application de dispositions de la présente Convention et notamment à prévoir des sanctions pénales efficaces frappant les personnes coupables de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III.

70. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *supra*, note 66.

71. *Glimmerveen and Hagenbeek* v. *The Netherlands*, (1979) 4 E.H.R.R. 260. Pour des commentaires de cette décision, voir R. Genn, «Beyond the Pale: Council of Europe Measures against Incitement to Hatred», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 189, p. 202-205.

72. *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, *supra*, note 66, art. 10:

> 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. Le présent article n'empêche pas les États de soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisations.
>
> 2. L'exercice de ces libertés comportant des devoirs et des responsabilités peut être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire.

Pour une étude de l'article 10 de la *Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, voir D.J. Harris, «Decision on the European Convention on Human Rights during 1979, Freedom of Speech», [1979] *Brit. Year Book Int. L.* 257 et Y. Tajima, «Protection of Freedom of Expression by the European Convention», (1969) 2 *R.D.H.* 658.

(2) La France

Dans sa lutte contre le racisme, la France réprime la diffamation envers une personne ou un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance[73], à une ethnie, à une nation, une race ou une religion déterminée[74]. Pour assurer une répression plus efficace de la diffamation raciale, la loi du 1er juillet 1972[75] précise que les délits de diffamation et d'injures raciales n'exigent plus que l'auteur de ces délits ait eu l'intention délibérée d'inciter à la haine contre un groupe de citoyens ou d'habitants du territoire[76]. Il suffit que le délit ait un contenu objectif, que la victime ait été diffamée ou injuriée[77].

---

73. Quant à l'expression «non-appartenance», Foulon-Piganiol souligne l'exemple de la Deuxième Guerre mondiale où «la non-appartenance à la race aryenne a pu, pour beaucoup de Français, sceller un destin fatal». Voir Y. Madiot, *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, Masson, 1976, p. 239.

74. Pour une étude de la diffamation de groupe en droit français, voir Belton, *supra*, note 6, p. 314-342; J. Peytel, «Group Defamation in France», (1964) 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 64; R. Vouin, «La répression de la discrimination raciale en France», (1972) 5 *R.D.H.* 177; J. Foulon-Piganiol, «Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale», (1970) *D.* 163; J. Foulon-Piganiol, «Réflexions sur la diffamation raciale», (1970) *D.* 133; Y. Madiot, *supra*, note 73, p. 238 et s.; H. Blin, «L'évolution législative et jurisprudentielle du droit de la presse au cours des vingt ou trente dernières années,» dans *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, Études de science pénale et de politique criminelle, Paris, Éditions A. Pedone, 1975, p. 314-316; C. Entrevan, «Réflexions sur le problème des discriminations humaines dans le système démocratique français», dans *Annuaire français des droits de l'homme*, vol. 1, Paris, Éditions A. Pedone, 1974, p. 180-245.

75. Loi nº 72-546, 1er juillet 1972 (D. 1972, 328). Cette loi est venue modifier tout d'abord la loi de 1881 sur la presse (D.P. 81, 4.65). Elle punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de 2 000 à 300 000 francs (ou de l'une de ces deux peines seulement) ceux qui «auront provoqué à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes à raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non-appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée». Cette disposition permet de sanctionner des cas de provocation à la haine ne constituant, ni une diffamation ni une injure. Elle vise également le fait commis à l'égard d'une personne physique prise isolément : celle-ci peut donc se constituer partie civile.

    La loi permet à toute association — qui est régulièrement déclarée depuis au moins cinq ans à la date des faits et qui, par ses statuts, se propose de combattre le racisme — d'exercer les droits reconnus à la partie civile en matière de provocation, de diffamation ou d'injure raciale. Cette extension des droits des associations s'accompagne d'ailleurs de la possibilité de prononcer la dissolution administrative (loi du 10 janvier 1936) des groupements provoquant à la discrimination ou même propageant des idées racistes.

    Également, la loi de 1972 crée de nouvelles incriminations. L'article 187-1 du Code pénal sanctionne «tout dépositaire de l'autorité publique ou citoyen chargé d'un ministère de service public» qui, à raison d'une discrimination, refuse à une personne le bénéfice d'un droit auquel elle pouvait prétendre. Des sanctions sont aussi prévues lorsque la discrimination est faite à l'égard d'une association, d'une société ou de leurs membres. L'article 416 du Code pénal sanctionne la discrimination dans la fourniture d'un bien ou d'un service à l'égard d'une personne, d'une association ou d'une société ainsi que la discrimination dans le refus d'embauche, le licenciement ou l'offre d'emploi conditionnelle (c'est-à-dire soumise à une condition fondée sur une discrimination). Pour des commentaires sur cette loi, voir J. Foulon-Piganiol, «La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1er juillet 1972)», (1972) *D.* 26; Entrevan, *supra*, note 74, p. 194-200.

76. Voir *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*, 2e éd., Vol. II, Jurisprudence générale Dalloz, Paris, Relais, 1981, p. 37-38.

77. Inglés, *supra*, note 65, par. 95, p. 57.

(3) La République fédérale d'Allemagne

S'étant résolument engagée à réparer les crimes de l'Allemagne nazie, la République fédérale d'Allemagne a étendu le champ d'application de son droit pénal afin de combattre la propagation de la haine. Le code pénal interdit le génocide[78], les atteintes à la dignité humaine par l'incitation à la haine contre des groupes de personnes d'une manière susceptible d'entraîner une violation de la paix[79], l'organisation de partis politiques interdits par la constitution[80] (comme les partis néo-nazis), la dissémination de propagande de ces partis[81] ainsi que l'importation, l'entreposage ou l'utilisation des emblèmes de ces partis[82]. Il prohibe également les écrits qui décrivent des actes de violence dirigés contre des êtres humains d'une manière cruelle ou inhumaine ayant pour effet de glorifier ou de présenter comme anodins de tels actes de violence, ou qui provoquent à la haine raciale[83]. Par surcroît, la dénégation de la réalité de l'Holocauste est punissable à titre d'insulte à chacun des juifs habitant l'Allemagne[84]. Enfin, aux termes d'une modification récente, des poursuites seront intentées officiellement dans les cas d'insultes à des personnes décédées, victimes du régime national-socialiste ou d'un autre régime violent et arbitraire ou criminel, sauf opposition des membres de la famille de la victime[85].

(4) Le Royaume-Uni

L'article 6 du *Race Relations Act 1965*[86] interdisait l'incitation à la haine raciale dans l'intention d'attiser la haine[87]. Des poursuites ont été engagées en vertu de cet article

---

78. Code pénal ouest-allemand, art. 220a.

79. *Id.*, art. 130.

80. *Id.*, art. 84. Sur ce point, voir aussi P. Franz, «Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison», (hiver 1982) 5 *Bost. Col. Int. & Comp. L. Rev.* 51.

81. Code pénal ouest-allemand, art. 86.

82. *Id.*, art. 86a.

83. *Id.*, art. 131.

84. En vertu d'un jugement rendu par la Cour fédérale de justice (Bundesgerichtshof), le 18 septembre 1979.

85. Voir Communiqué, ambassade de la République fédérale d'Allemagne, «Federal Republic of Germany Prosecutes Denial of Nazi-Holocaust», Ottawa, le 18 mars 1985.

86. *Race Relations Act 1965* (R.-U.), chap. 73, art. 6. Pour une analyse de cette loi, voir D.G.T. Williams, «Racial Incitement and Public Order», [1966] *Crim. L.R.* 320; M. Partington, «Race Relations Act 1965: A Too Restricted View?», [1967] *Crim. L.R.* 497; B.A. Hepple, «Race Relations Act 1965», (1966) 29 *Modern L. Rev.* 313-314.

87. Le paragraphe 6(1) du *Race Relations Act 1965*, *supra*, note 86, disposait ce qui suit :

[TRADUCTION]
Est coupable d'une infraction en vertu du présent article quiconque, dans l'intention d'attiser la haine contre un groupe de personnes en Grande-Bretagne à raison de sa couleur ou de son origine ou de son appartenance à une race ou à une ethnie

non seulement contre des membres du mouvement national-socialiste, mais également contre des partisans du Black Power accusés d'avoir fomenté la haine contre les blancs en proférant certaines paroles[88]. Par l'adjonction d'un nouvel article 5A au *Public Order Act 1936*, le *Race Relations Act 1976*[89] a remplacé cette infraction par une nouvelle infraction d'incitation à la haine raciale. Voici ce nouveau texte :

[TRADUCTION]
(1) Commet une infraction quiconque

a) publie ou distribue un écrit menaçant, injurieux ou insultant;

b) prononce dans un lieu public ou au cours d'une assemblée publique des paroles menaçantes, injurieuses ou insultantes,

dans une situation où, vu l'ensemble des circonstances, l'écrit ou les paroles en question sont susceptibles d'attiser la haine contre un groupe racial en Grande-Bretagne.

La nouvelle infraction n'exige donc pas l'intention d'attiser la haine raciale. Divers moyens de défense peuvent être invoqués relativement aux écrits ainsi qu'aux comptes rendus loyaux des débats du Parlement et des tribunaux. Aucune poursuite ne peut être intentée sans le consentement du procureur général[90].

Un crime spécifique de génocide a également été créé en Angleterre, dont la définition reprend celle de l'article II de la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*[91].

(5) Les États-Unis

(a) *Le droit actuel*

En 1952, la Cour suprême des États-Unis a, dans l'affaire *Beauharnais* v. *Illinois*[92], confirmé par une décision majoritaire de cinq contre quatre la condamnation d'une per-

---

a) publie ou distribue un écrit qui est menaçant, injurieux ou offensant;

b) prononce dans un lieu public ou au cours d'une assemblée publique des paroles qui sont menaçantes, injurieuses ou offensantes,

si cet écrit ou ces paroles sont susceptibles d'attiser la haine contre ce groupe de personnes à raison de sa couleur ou de son origine ou de son appartenance à une race ou une ethnie.

88. Pour des commentaires, voir A. Dickey, «Prosecutions under the Race Relations Act 1965, s. 6 (Incitement to Racial Hatred)», [1968] *Crim. L.R.* 489.

89. *Race Relations Act 1976* (R.U.), chap. 74, art. 70.

90. Voir Smith et Hogan, *supra*, note 5, p. 744-745; U. Prashar, «Des races et des lois», dans Secrétariat d'État, *Le droit et les relations interraciales*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983, p. 125; voir également Inglés, *supra*, note 65, par. 130, p. 71.

91. *Genocide Act 1969* (R.-U.), chap. 12.

92. *Beauharnais* v. *Illinois*, 343 U.S. 250 (1952). Beauharnais avait accusé les Noirs d'être des violeurs, des voleurs, d'être armés de couteaux et d'armes à feu, de fumer de la marijuana et d'abâtardir la race blanche.

sonne en vertu des dispositions de l'article 224a du *Illinois Criminal Code*. Aux termes de ce texte, constitue un crime le fait de montrer dans un lieu public une publication qui [TRADUCTION] «représente comme dépravé, criminel, intempérant ou débauché un groupe de citoyens, se différenciant par la race, la couleur, la croyance ou la religion» si celle-ci «expose les citoyens à raison de leur race, couleur, croyance ou religion au mépris, à la dérision ou à l'opprobre, ou engendre une violation de la paix ou des émeutes ...[93]». À l'appui de sa conclusion selon laquelle cette législation était valide, la cour a affirmé que les libelles n'étaient pas visés par la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression.

Dans l'arrêt *Garrison* v. *Louisiana*[94], la Cour suprême a cependant décidé que certains libelles incriminés par le droit pénal de l'État étaient assujettis à la garantie constitutionnelle de la liberté de parole. Par voie de conséquence, la valeur de l'arrêt *Beauharnais* au regard des règles actuelles du droit pénal a été sérieusement ébranlée. Au sujet des libelles dirigés contre un groupe de personnes qui sont sanctionnés par le droit pénal des États, un auteur américain soutenait récemment ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> On ne trouve presque plus de règles relatives à la diffamation dans les codes pénaux modernes. Même dans les cas où elles existent et sont constitutionnelles, aucun libelle dirigé contre un groupe ne peut faire l'objet de poursuites à moins de présenter un «danger manifeste et immédiat» de violence. De toute évidence, si tant est que la diffamation dirigée contre un groupement puisse faire l'objet de poursuites criminelles, celles-ci seront limitées à des situations très précises[95].

Pour des commentaires sur le libelle dirigé contre des groupements aux États-Unis, voir L.P. Beth, «Group Libel and Free Speech», (1955) 39 *Minn. L. Rev.* 167; J. Tanenhaus, «Group Libel», (1950) 35 *Cornell L.Q.* 261; Kelly, *supra*, note 3; «Group Libel Laws: Abortive Efforts to Combat Hate Propaganda», (1952) 61 *Yale L.J.* 252; «Statutory Prohibition of Group Defamation», (1947) 47 *Colum. L. Rev.* 595; «Developments in the Law of Defamation», (1956) 69 *Harv. L. Rev.* 875; J.J. Brown et C.L. Stern, «Group Defamation in the U.S.A.», (1964) 13 *Clev.-Mar. L. Rev.* 7; «Race Defamation and the First Amendment», *supra*, note 5, «Group Libel and Criminal Libel», (1952) 1 *Buffalo L. Rev.* 258; J. Pemberton, «Can the Law Provide a Remedy for Race Defamation in the United States?», (1968) 14 *N.Y.L.F.* 33; «Supreme Court, 1951 Term», (1952) 66 *Harv. L. Rev.* 112-114; H. Arkes, «Civility and the Restriction of Speech: Rediscovering the Defamation of Groups», [1974] *Sup. Ct. Rev.* 281; «Group Vilification Reconsidered», (1979-80) 89 *Yale L.J.* 308.

93. Ill. Rev. Stat., chap. 38, art. 471 (1949) (abrogé en 1961). L'assemblée législative de l'Illinois a révisé la loi relative aux libelles dirigés contre un groupe de personnes. Voici le nouveau texte :

> [TRADUCTION]
> *a*) commet une diffamation criminelle quiconque, avec l'intention de diffamer une personne, vivante ou décédée, communique par quelque moyen que ce soit à une personne une matière susceptible de provoquer une violation de la paix. *Ill. Ann. Stat.*, chap. 38, art. 27-1 (Smith-Hurd, 1969).

94. *Garrison* v. *Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

95. E.T. Marcus, «Group Defamation and Individual Actions: A New Look at an Old Rule», (1983) 71 *Calif. L. Rev.* 1547.

(b) *Les propositions de réforme*

L'American Law Institute a proposé, provisoirement, le texte d'incrimination qui suit pour la propagande haineuse :

> [TRADUCTION]
> Est coupable d'un délit quiconque, dans le dessein de fomenter la haine contre [une personne ou contre] un groupe racial, national ou religieux, ou de faire des menaces, publiquement
>
> *a*) dissémine un mensonge désobligeant, connaissant la fausseté de l'affirmation;
>
> *b*) suggère, recommande, justifie une action concertée illégale, ou y participe;
>
> *c*) prononce des paroles, fait un geste ou fait une démonstration indécents ou injurieux;
>
> *d*) participe à une manifestation, à un défilé ou à une réunion vêtu d'un déguisement ou en vue d'accomplir un acte menaçant.
>
> Dans le présent article, faire des menaces s'entend d'amener une personne à craindre pour la sécurité de sa personne, de ses biens, de ses affaires ou de ses droits civils. L'action dont il est question aux alinéas *a*), *b*) et *c*) est publique si elle est accomplie au moyen de la radio, de la télévision, d'un journal, d'une revue, d'un prospectus, ou d'un autre procédé de reproduction, au moyen d'amplificateurs de grande puissance, au moyen d'une exposition ou d'une représentation ouverte au grand public ou à une fraction importante du public, ou si elle est destinée à être entendue ou vue par tous les passants dans un lieu public. Une action décrite à l'alinéa *d*) est publique si elle se déroule dans un lieu public ou dans un lieu privé exposé à la vue du public[96].

Les éléments constitutifs de l'infraction proposée incluaient donc le dessein de fomenter la haine ainsi qu'un caractère public rigoureusement défini, outre le moyen de défense de la vérité des déclarations. Pourtant, l'American Law Institute s'interrogeait sur l'utilité d'une infraction de libelle dirigé contre un groupement. De fait, cet article n'a pas été incorporé dans le *Proposed Official Draft of the Model Penal Code*.

C. Autres propositions de réforme des dispositions canadiennes relatives à la propagande haineuse

Dans son rapport intitulé *L'égalité ça presse!*[97], le Comité spécial sur les minorités visibles a proposé une réforme à trois volets : retirer le terme «volontairement» du paragraphe 281.2(2) de sorte qu'il ne soit plus nécessaire de prouver que l'inculpé avait l'intention de fomenter la haine; supprimer la nécessité d'obtenir le consentement du procureur général pour engager des poursuites en vertu du paragraphe 282.2(2); préciser

---

96. The American Law Institute, *Model Penal Code*, version provisoire nº 13, Philadelphie, ALI, 1961, article 250.7, p. 41-42.

97. *L'égalité ça presse!*, *supra*, note 67.

qu'il incombe à l'inculpé d'invoquer les moyens de défense prévus dans ce paragraphe[98]. Le Comité spécial sur la haine raciale et religieuse[99] de l'Association du Barreau canadien a avancé deux arguments contraires aux conclusions du rapport sur l'égalité. Premièrement, il était d'avis que la nécessité d'obtenir au préalable le consentement du procureur général de la province pouvait prévenir les poursuites futiles. Deuxièmement, il était d'avis d'abolir deux des moyens de défense prévus au paragraphe 281.2(2), soit l'opinion exprimée de bonne foi sur un sujet religieux et la croyance fondée sur des motifs raisonnables que les déclarations étaient vraies si elles se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public[100]. Le Comité Fraser d'étude de la pornographie et de la prostitution[101] a également recommandé que soient éliminés le terme «volontairement» ainsi que la nécessité d'obtenir le consentement du procureur général. Mais contrairement aux autres rapports, il préconisait l'élargissement de la définition du terme «groupe identifiable» de manière à comprendre le sexe, l'âge, ou les déficiences mentales ou physiques, du moins aux fins de l'application de l'article 281.2 du *Code*[102].

Certes, ces lois et ces propositions de réforme sont pour nous d'une certaine utilité, mais elles ne prennent pas suffisamment en considération le principe fondamental de la modération qui doit imprégner notre droit pénal. Ce principe a été énoncé dans notre rapport intitulé *Notre droit pénal*[103] et a ensuite été repris par le gouvernement fédéral dans son document intitulé *Le Droit pénal dans la société canadienne*[104]. Il est manifeste que ce principe doit nous guider lorsqu'il s'agit de tracer les limites appropriées des crimes consistant à fomenter la haine.

II. Liberté d'expression vs liberté de provoquer la haine : L' équilibre

Bien qu'ils soient récents, les crimes relatifs à la propagande haineuse soulèvent toujours certaines difficultés. D'une part, ils ont été si bien acceptés en général par le public canadien qu'en fait, des récents rapports publics en recommandent l'extension.

---

98. *Id.*, p. 76-77.

99. Association du Barreau canadien, Comité spécial sur la haine raciale et religieuse, *Hatred and the Law* (1984).

100. *Id.*, p. 13-14.

101. Comité Fraser, *supra*, note 56.

102. *Id.*, p. 341-347.

103. Commission de réforme du droit du Canada, *Notre droit pénal* [Rapport 3], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1976.

104. Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982.

D'autre part, depuis leur création, ces crimes ont été qualifiés par certains défenseurs des libertés publiques de mesures rétrogrades et injustifiables dans une société démocratique.

Ces crimes sont-ils nécessaires? En d'autres termes, si les crimes relatifs à la propagande haineuse n'existaient pas, faudrait-il les créer?

Aucune activité ne doit être déclarée criminelle sans motif légitime : car la création d'un crime implique répression et punition. Comme l'a fait observer Jeremy Bentham [TRADUCTION] «toute peine est un mal : toute peine est mauvaise en elle-même[105]». La punition fait souffrir la personne qui la subit, elle prive de liberté chacun des membres de la société et coûte cher aux contribuables. D'où la nécessité d'une justification du recours au droit pénal par ceux qui cherchent à s'en servir.

Cependant, une justification particulière est indispensable lorsqu'il s'agit des crimes relatifs à la propagande haineuse. Interdire la fomentation de la haine est incompatible avec la liberté d'expression[106] qui est peut-être la valeur la plus fondamentale de notre

---

105. J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879, p. 170.

106. Récemment, certains ont prétendu que l'expression de haine contre un groupe identifiable ne relève pas du domaine de la liberté d'expression protégée par l'alinéa 2*b*) de la Charte. Personne, en droit canadien, n'a mieux précisé cette idée que le juge Quigley dans l'affaire *R.* v. *Keegstra*, *supra*, note 37, p. 268. Dès le début du jugement, il décide ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> L'expression «liberté d'expression» employée à l'alinéa 2*b*) de la Charte ne signifie pas une liberté absolue permettant l'exercice sans réserve d'un droit de parole ou d'expression. Plus précisément, je suis d'avis que le paragraphe 281.2(2) du *Code criminel* ne porte pas atteinte à la liberté d'expression garantie par l'alinéa 2*b*) de la Charte.

Si, au départ, la fomentation de la haine contre un groupe non identifiable n'est pas du domaine de la «liberté d'expression», il est inutile de se demander, en invoquant l'article 1 de la Charte, si les crimes relatifs à la propagande haineuse constituent une limite raisonnable des droits et libertés garantis par ce texte fondamental et dont la justification puisse se démontrer.

En toute déférence, nous ne partageons pas ce point de vue. La liberté d'expression n'est pas définie de façon restrictive par l'alinéa 2*b*) de la Charte. Par conséquent, cette disposition devrait viser tous les genres d'expression, y compris les expressions publiques ou privées, celles qui sont des manifestations de raison ou de passion (l'amour aussi bien que la haine), celles qui aident et celles qui font du tort. Soutenir que certaines expressions ne sont pas protégées par l'alinéa 2*b*) de la *Charte* qui garantit la liberté d'expression, pourrait aboutir à un régime disparate dénué de logique et de principe dans lequel seraient prévus différents degrés de protection pour différentes sortes de discours. Comment les tribunaux arriveront-ils à établir la distinction entre les expressions qui ne sont pas du domaine protégé de la liberté d'expression et celles qui le sont mais peuvent être restreintes par application de la clause limitative de l'article 1 de la Charte? Ne tentera-t-on pas de contourner le critère établi par la clause limitative de l'article 1 en décidant que l'expression n'est pas protégée par l'alinéa 2*b*)?

Enfin, cette façon d'aborder le problème est inutile. Si la Cour suprême des États-Unis a adopté cette solution (par exemple, en ce qui concerne la propagande haineuse dans le jugement *Beauharnais* v. *Illinois*, *supra*, note 92, affaire que l'on peut aujourd'hui qualifier de dépassée), c'est par nécessité car il n'y a pas de clause limitative dans le *Bill of Rights* américain. Or, l'article 1 de la Charte permet que les droits et libertés garantis par elle, y compris la liberté d'expression, soient restreints dans des limites raisonnables et dont la justification puisse se démontrer. Par conséquent, il est inutile d'invoquer l'argument qui veut que toutes les expressions ne relèvent pas du domaine de la «liberté d'expression» garantie par la Constitution.

société. Comme l'a fait remarquer Thomas Berger, [TRADUCTION] «dans un sens, la liberté de parole est la vocation de l'homme, la condition première de toutes les autres libertés[107]».

Néanmoins, même la liberté d'expression n'est pas absolue. Ainsi, c'est à juste titre que notre droit pénal incrimine le fait de conseiller à autrui de commettre un crime, le parjure, l'outrage au tribunal et la fraude par supercherie. Comme l'a fait observer Oliver Wendell Holmes, [TRADUCTION] «même si la liberté de parole fait l'objet de la protection la plus stricte, l'homme qui provoque une panique dans une salle de spectacle en criant au feu sans raison ne pourra point l'invoquer[108]».

En revanche, le législateur a refusé de réprimer des expressions qui, bien qu'offensantes, ne causent pas de préjudice grave. Par exemple, toute injure ou insulte vulgaire ne constitue pas un crime. Les crimes qui répriment les insultes définissent plutôt de façon restrictive le lieu ou la personne (le fait de troubler la paix dans ou près d'un endroit public) ou le type d'outrage au tribunal appelé affront à la dignité de la cour. Une seule exception à signaler : l'actuel libelle diffamatoire qui vise toute matière publiée de nature à nuire à la réputation de quelqu'un. À l'origine, ce crime était fondé sur la croyance que le libelle risquait de troubler la paix. Ce raisonnement est aujourd'hui dépassé. C'est l'une des raisons pour lesquelles nous en avons recommandé l'abolition.

Le principe général sous-tendant les crimes qui limitent la liberté d'expression semble en fait être le suivant : il convient d'interdire certains mots seulement lorsqu'ils provoquent ou risquent de provoquer des préjudices graves, tels les atteintes à l'intégrité physique d'une personne (par exemple l'incitation au meurtre), le tort causé à une institution importante (par exemple le parjure ou l'outrage au tribunal qui préjudicie au système de justice pénale) et la perte de biens (par exemple la fraude).

Les crimes relatifs à la propagande haineuse prévus par notre droit pénal reposent-ils sur ce principe général? Pour répondre à cette question il faut examiner trois types de crimes : les crimes relatifs au génocide, les crimes relatifs à la fomentation de la haine et le crime de diffusion de fausses nouvelles.

A. Le génocide

Le génocide est un acte si odieux que les Nations Unies ont adopté la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*. Le Canada a ratifié cette convention. Celle-ci divise le crime de génocide en deux parties. D'abord, il y a l'acte, le génocide lui-même. Ensuite, il y a les moyens tendant à la commission de l'acte de génocide, c'est-à-dire la tentative de génocide, l'incitation à commettre le génocide et

---

107. T. Berger, *Fragile Freedoms*, Toronto, Clarke, Irwin, 1981, p. 134.

108. *Schenck* v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919), p. 52.

l'entente en vue de commettre le génocide. Si le génocide avait été incriminé par notre droit pénal, les dispositions du *Code* sanctionnant les conseils et l'incitation auraient réprimé l'incitation au génocide. Cependant, le Comité Cohen a estimé plutôt que l'acte de génocide était réprimé de façon satisfaisante par les crimes existants (par exemple le meurtre, les voies de fait), et il a proposé uniquement l'adoption d'un crime d'encouragement au génocide ou de fomentation du génocide en vue de combler la lacune perçue dans la loi[109]. Par la suite, d'autres ont soutenu que l'incitation à commettre le meurtre ne viserait probablement pas l'incitation au génocide parce que le meurtre concerne l'élimination d'individus particuliers et non pas la destruction d'un groupe[110]. C'est ce qui explique que l'encouragement au génocide ou la fomentation du génocide est un crime prévu à l'article 281.1 du *Code*, alors que ceux qui tuent la victime d'un génocide seraient accusés de meurtre.

La Commission devrait-elle recommander dans le présent document la création d'un crime de génocide tel qu'il est défini par la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*?

Le génocide qui implique la destruction réelle d'un groupe, en tout ou en partie, est distinct sur le plan conceptuel des crimes d'incitation à la haine ou de fomentation de la haine. Le génocide est d'ordinaire un acte d'une extrême violence physique, c'est un meurtre. En revanche, les crimes relatifs à la fomentation de la haine comportent l'emploi de mots ou d'images qui, en mettant les choses au pire, comportent un risque de violence physique. Par conséquent, le crime de génocide pourrait très bien être traité de façon différente. Par exemple, s'il était décidé d'insérer dans notre nouveau code un crime de génocide, on pourrait soutenir avec vigueur qu'il devrait être d'application universelle comme la piraterie[111]. Tout compte fait, la Commission estime que la décision de créer ou de ne pas créer un crime de génocide ne devrait pas être prise dans le présent document mais être reportée pour examen futur.

---

109. Comité Cohen, *supra*, note 10, p. 64 :

> Cependant, vu que la loi canadienne a interdit déjà la plupart des aspects importants du génocide, soit l'homicide ou le meurtre, ... nous estimons préférable que la loi canadienne que nous recommandons, comme symbole de l'adhésion de notre pays aux droits énoncés dans la convention, ne concerne que le fait de «préconiser ou encourager le génocide», actes qui ne sont pas formellement interdits, actuellement, par le *Code criminel*.

110. C'est ce qu'a exprimé J.A. Scollin, directeur de la section de droit pénal du ministère de la Justice, pendant les délibérations du Comité des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat au sujet du projet de loi S-21, projet de loi du Sénat portant sur la propagande haineuse :

> Je suis d'avis qu'il n'y a actuellement aucun délit mentionné au *Code pénal* en vertu duquel, en qualité de procureur, je pourrais formuler une accusation valable. En ce qui a trait à un individu ou à une personne identifiable, il se peut qu'il y ait incitation ou conspiration et une accusation pourrait être portée. Il n'y a pas de délit punissable dans le fait de prêcher ou d'encourager le génocide (Délibérations du Comité des affaires juridiques et constitutionnelles du Sénat, *Seule et unique séance sur le Bill S-21*, jeudi 13 février 1969, fasc. 1, p. 11).

111. Par exemple, le document de travail 37 intitulé *La juridiction extraterritoriale*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984, examine le crime de génocide au chapitre consacré aux infractions commises à l'extérieur du Canada.

Contrairement au crime de génocide, le crime qui consiste à encourager ou à fomenter le génocide est clairement un crime de fomentation de la haine. Le Comité Cohen a vu juste en persuadant le Parlement d'incriminer cette activité. Toutefois, la définition actuelle de ce crime soulève deux interrogations. En premier lieu, la définition de l'expression «groupe identifiable» est-elle trop étroite? En deuxième lieu, la définition de l'acte du «génocide» devrait-elle être élargie en conformité avec la définition donnée dans la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*?

En ce qui concerne la première question, nous recommandons ci-dessous que la définition de l'expression «groupe identifiable» soit élargie pour viser les autres crimes relatifs à la fomentation de la haine. Par conséquent, il y a deux solutions possibles : soit limiter la définition de l'expression «groupe identifiable» aux groupes actuellement protégés, ou élargir la définition de manière à inclure les groupes devant être protégés par les autres crimes relatifs à la fomentation de la haine prévus par notre droit pénal. Par souci de cohérence, ces crimes devraient protéger les mêmes groupes. Nous recommandons donc l'adoption de la deuxième solution.

Pour ce qui est de la seconde question, élargir la définition actuelle du mot «génocide» de manière à s'harmoniser avec la définition donnée à ce terme par la *Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* protégerait des membres du groupe contre les atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale, les mesures visant à entraver les naissances au sein du groupe et le transfert forcé d'enfants du groupe à un autre groupe. Pendant les consultations, des participants ont exprimé leur inquiétude au sujet d'une telle extension. Elle serait trop vague et risquerait de gêner la liberté d'expression. Ainsi, les défenseurs de l'avortement ou de la stérilisation thérapeutique seraient-ils menacés étant donné que l'infraction proposée protégerait des groupes identifiables en fonction du genre, de l'âge ou des déficiences mentales ou physiques? Nous convenons qu'il faudrait définir clairement ce crime pour éviter de telles incertitudes. Nous recommandons donc que la définition actuelle du mot «génocide» soit conservée.

En fait, la définition actuelle du crime d'encouragement au génocide devrait en substance demeurer inchangée. Cependant, une modification s'impose : le mot «conseille» devrait être ajouté à l'expression «préconise ou fomente». Nous recommandons cette modification pour deux raisons. En premier lieu, elle permet de faire en sorte que l'incrimination frappe clairement ceux qui encouragent sur le plan conceptuel le génocide ainsi que ceux qui conseillent avec plus de vigueur encore aux gens de commettre un génocide. En deuxième lieu, le libellé de l'incrimination est harmonisé, sur un point connexe, avec le nouveau code actuellement en cours de rédaction à la Commission, puisque les actes tendant à la commission d'un crime seront également définis à l'aide du mot «conseille».

Faut-il conserver en matière d'encouragement au génocide l'exigence de l'obtention du consentement du procureur général pour intenter une poursuite? Cette question sera examinée ci-dessous avec le crime de fomentation volontaire de la haine. Par souci de cohérence, la recommandation que nous faisons à ce chapitre s'applique également au crime dont il est question ici.

B. La diffusion de fausses nouvelles

Si l'encouragement au génocide est le plus nocif des crimes relatifs à la propagande haineuse, la diffusion de fausses nouvelles est certainement le plus inoffensif. L'article 177 frappe ceux qui volontairement publient une déclaration, une histoire ou une nouvelle qu'ils savent fausse et qui cause, ou est de nature à causer, une atteinte ou du tort à quelque intérêt public.

En principe, il est tout à fait légitime que le droit pénal réprime une conduite qui alarme le public. Supposons que quelqu'un diffuse une nouvelle fausse selon laquelle un missile nucléaire se dirige vers Ottawa. On peut facilement imaginer la crainte et la panique qui envahiraient la collectivité à cette annonce. Une telle conduite menace à ce point l'ordre public qu'elle devrait être incriminée. Mais s'il faut l'incriminer, l'article 177 est-il le bon outil?

À notre avis, il faut répondre par la négative. L'article 177 comporte deux lacunes importantes : il est anachronique et son expression est trop large.

Son anachronisme ne fait pas de doute. L'infraction découle en effet de l'infraction quasi séditieuse *De Scandalis Magnatum* introduite pour la première fois dans les recueils de textes législatifs anglais en 1275. Cette infraction avait été créée en vue de protéger les grands seigneurs du royaume contre les chansonniers diffamateurs[112]. Depuis, cette infraction est devenue celle que l'on connaît aujourd'hui.

L'article 177 est trop large parce qu'il est trop vague, et il est trop vague parce qu'il frappe toute déclaration que celui qui la publie sait fausse si elle est de nature à causer «du tort à quelque intérêt public». Mais qu'entend-on par l'expression «du tort à quelque intérêt public»? Bien que cette expression semble viser seulement une conduite nuisible, les apparences sont trompeuses. À l'exception de l'affaire *Zundel*, les poursuites intentées en vertu de cet article semblent malheureusement injustifiées. Il suffit de citer par exemple la condamnation d'un propriétaire de magasin en colère qui avait déclaré qu'on ne voulait pas d'Américains au Canada[113], la condamnation en première instance (cassée en appel) d'un journal underground qui avait publié une nouvelle fausse selon laquelle le maire de Montréal avait été tué par un hippie drogué[114].

---

112. Veeder dans «The History and Theory of the Law of Defamation», (1903) 3 *Colum. L. Rev.* 546, p. 554 déclare ce qui suit à propos des textes législatifs créant l'infraction *De Scandalis Magnatum* :

> [TRADUCTION]
> Nous savons d'après leur contexte et l'histoire que leur adoption est directement liée au langage ordinaire et à la simplicité des chants rimés des Lollards qui sont fort connus à l'époque de la révolte des paysans. Les chansons politiques du temps des Plantagenet faisaient entendre la voix du peuple dans les affaires publiques. En effet, pendant des siècles, les poètes lyriques ont été les seuls porte-parole du peuple dans les affaires politiques.

113. *R.* v. *Hoaglin*, (1907) 12 C.C.C. 226 (C.S. T.N.-O.).

114. *R.* v. *Kirby*, (1970) 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.).

En revanche, l'article 177 est-il utile pour intenter des poursuites contre les personnes comme Zundel?

Certainement pas. Il ne convient pas d'employer l'article 177 à cette fin, et cela pour deux raisons. En premier lieu, les dénégations des persécutions subies par les Juifs pendant la Deuxième Guerre mondiale devraient être traitées comme une forme de propagande haineuse, ce qu'elles sont d'ailleurs. En deuxième lieu, par principe, si le Parlement veut que la fomentation de la haine soit réprimée d'une certaine façon et s'il crée à cette fin des garanties telles que l'exigence de l'obtention du consentement du procureur général en vue d'éviter une application abusive du droit pénal, un poursuivant privé ne devrait pas pouvoir contourner ces garanties en invoquant d'autres infractions.

Par conséquent, nous recommandons que l'article 177 soit aboli et que, si la nécessité d'un crime réprimant le fait d'alarmer le public est établie, il soit défini de telle manière que jamais il ne puisse servir à poursuivre les marchands de haine.

C. La fomentation de la haine

Contrairement à l'encouragement au génocide et à la diffusion de fausses nouvelles, les crimes relatifs à la fomentation de la haine soulèvent d'importants problèmes. Les crimes relatifs à la fomentation de la haine mentionnés ici sont les deux infractions créées par l'actuel article 281.2 du *Code* : soit l'incitation à la haine contre un groupe identifiable lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix, et la fomentation volontaire de la haine contre un groupe identifiable.

Ces crimes relatifs à la fomentation de la haine soulèvent quatre questions importantes. Ces expressions de haine causent-elles des atteintes assez graves pour justifier leur répression pénale? La nécessité de créer ces infractions étant posée, doivent-elles protéger les particuliers aussi bien que les groupes? Quels groupes peuvent invoquer ces incriminations? De quelles réserves faut-il les assortir?

(1) Le préjudice visé

L'atteinte dont il s'agit étant intimement liée à la haine, il est impératif de bien saisir la signification de ce dernier mot. Comme nous l'avons déjà fait remarquer, le *Code* n'a pas défini le mot «haine». Toutefois, il ne s'agit pas d'une lacune de la loi car ce mot est employé dans son sens ordinaire. Il n'est pas simplement question d'une aversion passive. Selon le *Shorter Oxford Dictionary*, la haine est caractérisée par une [TRADUCTION] «aversion active, une horreur, un sentiment hostile, une disposition inamicale, une malveillance». *Le Petit Robert* définit la haine comme un «sentiment violent qui pousse à vouloir du mal à [quelqu'un] et à se réjouir du mal qui lui arrive». Donc, la haine est un sentiment hostile.

Il est évidemment antisocial de susciter des sentiments hostiles. Cela a pour effet d'attiser la haine parmi les groupes sociaux. Des actes de violence dirigés contre des

personnes ou des biens peuvent même en résulter. La prévention de ces atteintes justifie le recours au droit pénal.

(2) Particuliers ou groupes?

Il ne fait aucun doute que fomenter la haine envers quelqu'un peut lui faire beaucoup de tort. Sa réputation pourrait, par exemple, être irrémédiablement ternie. On peut soutenir que la logique exige qu'en matière de provocation à la haine, les particuliers tout autant que les groupes soient protégés. En effet, on a soutenu qu'un certain élargissement du cercle des personnes protégées est nécessaire pour punir ceux qui contournent délibérément les dispositions relatives à la propagande haineuse en ne dirigeant pas leur hostilité contre un groupe tout entier[115].

En dépit de sa puissance, nous rejetons cet argument pour trois raisons. En premier lieu, l'atteinte à la société est moins importante dans le cas d'une attaque dirigée contre une personne désignée que contre un groupe. En deuxième lieu, la responsabilité pénale de l'auteur d'une telle attaque joue lorsque l'attaque, en apparence dirigée contre un sous-groupe, vise en réalité le groupe lui-même[116]. En troisième lieu, la victime d'une attaque haineuse visant à porter atteinte à sa réputation dispose d'un recours civil utile, à savoir la poursuite en diffamation, ce qui n'est pas le cas lorsque l'attaque est lancée contre un groupe. C'est pourquoi, en conformité avec le principe fondamental de la modération, il convient de continuer de limiter aux seuls groupes identifiables la protection prévue.

(3) La sélection des groupes

On s'attend à ce que dans un code appuyé sur des principes, le choix des groupes à protéger se fasse sur la même base et à ce qu'ils ne soient pas désignés selon les besoins.

Évidemment, on ne veut pas protéger tous les groupes identifiables, et cela, pour deux raisons. D'abord, l'infraction ainsi créée serait nécessairement vague. Le nombre de groupes dans toute société est infini. L'expression «groupe identifiable» viserait non

---

115. Voir, par exemple, la déclaration faite par l'honorable Roy McMurtry, procureur général de l'Ontario, devant le Comité spécial sur les minorités visibles dans la société canadienne le 20 octobre 1983. Il soutient à la page 11 que des commentaires visant uniquement une certaine partie d'un groupe religieux ou racial ne seraient pas incriminés même s'ils tendent à susciter de la haine contre le groupe tout entier, par exemple le mot «sioniste». On fait allusion à cet argument dans le rapport *L'égalité ça presse!*, *supra*, note 67, p. 77.

116. *L'égalité ça presse!*, *supra*, note 67, p. 77 :

> Le Comité n'estime pas nécessaire de modifier le *Code criminel* pour tenir compte de ce problème. Ce genre de matériel relève du droit pénal du fait qu'il souille la réputation d'un groupe identifiable et non parce qu'il s'attaque à tous les membres de ce groupe. Même si cette propagande haineuse vise à ne caricaturer qu'un élément d'un groupe racial, elle devrait malgré tout être passible de poursuites aux termes des dispositions actuelles du *Code criminel*, dans les circonstances appropriées.

seulement les groupes socialement importants (par exemple les groupes religieux) mais aussi les groupes socialement accessoires (par exemple les passionnés de l'émission *Patrouille du Cosmos*). Ensuite, un tel élargissement limiterait de façon injustifiée la liberté d'expression. La création d'un crime qui pourrait frapper ceux qui expriment des opinions contestataires et hostiles à l'égard de groupes politiques ou économiques gênerait la discussion passionnée des questions d'intérêt public, gage de santé dans toute société démocratique.

Par conséquent, seuls devraient être protégés les groupes socialement importants qui font partie intégrante du tissu social canadien et sont le plus susceptibles d'être atteints par des attaques haineuses.

De quels groupes s'agit-il? Certains groupes ont été victimes de propagande haineuse dans le passé, par exemple les groupes ethniques, religieux et raciaux. D'autres pourraient l'être un jour. Citons les déficients mentaux et les personnes âgées.

Malheureusement, si le principe semble évident, il ne suffit pas de créer une définition souple de l'expression «groupe identifiable» conforme à ce principe car l'incrimination deviendrait trop vague. Force nous est donc de nous en remettre à une liste de groupes établie en accord avec ce principe.

Par conséquent, la question est la suivante : faut-il conserver la liste actuelle ou en dresser une autre?

Une excellente façon de choisir les critères de protection des groupes contre les attaques haineuses consiste à retenir à ce titre les motifs de discrimination clairement réprimés par le droit canadien. Bien que ces critères figurent dans divers codes des droits de la personne[117], la disposition protégeant le mieux contre la discrimination est le paragraphe 15(1) de la Charte. Bien que son libellé soit souple, ce texte garantit que tous ont droit à la même protection et au même bénéfice de la loi indépendamment des motifs de discrimination énumérés et fondés sur «la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou la déficience mentale ou physique». Si la Charte protège les particuliers contre toute discrimination fondée sur ces motifs précis, il est tout à fait logique que les groupes ainsi désignés soient protégés par le droit pénal lorsqu'ils sont victimes d'expressions de haine virulentes.

De tous les critères de différenciation proposés, le plus remarquable est probablement le sexe. À ce propos, on fera certainement valoir deux arguments importants devant les tribunaux. On prétendra que l'élargissement de la portée de l'incrimination frappe d'une part la pornographie et d'autre part les attaques haineuses dirigées contre les homosexuels et les lesbiennes.

---

117. L'annexe A du présent document comporte une liste de lois canadiennes relatives aux droits et libertés de la personne.

Bien que notre avis ne lie aucunement les juges, nous estimons qu'il faut assortir notre proposition de deux réserves en vue de protéger les groupes sexuels. En premier lieu, le fait d'inclure les groupes sexuels n'a pas pour objet de combattre le mal inhérent à la pornographie. Pour plusieurs raisons, nous estimons que la meilleure façon d'enrayer le fléau de la pornographie est d'adopter des infractions clairement définies pour la réprimer et non de recourir aux crimes relatifs à la propagande haineuse[118]. Seules les manifestations les plus virulentes de haine contre les femmes, et incidemment contre les hommes, c'est-à-dire les expressions de haine répandues intentionnellement ou à dessein, seront ainsi prévenues.

En second lieu, nous ne proposons pas d'inclure les groupes identifiables en raison de «l'orientation sexuelle» dans la catégorie du «sexe». D'ailleurs, ces groupes devraient-ils être protégés? Il faut reconnaître que «l'orientation sexuelle» ne figure pas au nombre des motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. Cependant, on peut soutenir que le libellé souple de cette disposition garantit contre les discriminations fondées sur «l'orientation sexuelle». C'est d'ailleurs l'opinion exprimée dans le récent rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité[119]. Mais il est encore plus important de souligner que, récemment, les homosexuels ont été l'objet d'attaques haineuses conduisant à des atteintes physiques. Après tout, ils ont également fait les frais de la politique génocide des nazis[120]. Quoi qu'il en soit, nous aimerions recevoir des commentaires du public avant de faire une recommandation précise sur le sujet.

(4) Réserves

En un sens, les crimes relatifs à la fomentation de la haine actuellement prévus à l'article 281.2 sont inutilement limités. Les deux dispositions répriment la «communication» de «déclarations» susceptible de fomenter la haine. Bien que ces mots soient définis de façon large, nous avons déjà souligné qu'il n'était pas certain qu'ils s'appliquent à tous les moyens de communiquer la haine. Pensons à la propagande haineuse affichée sur un écran d'ordinateur ou à toutes les formes de représentation visuelle[121].

---

118. Ces motifs ont été brièvement exposés à l'annexe B du présent document.

119. Chambre des communes, Rapport du Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985, p. 33. Certains commentateurs juridiques en sont arrivés à la même conclusion. Voir, par exemple, J.E. Jefferson, «Gay Rights and the Charter», (1985) 43:1 *U.T. Faculty L. Rev.* 70 et N. Duplé, «Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise», (1984) 25 *C. de D.* 801.

120. Pour un récit déchirant de la persécution des homosexuels en Europe occidentale sous le régime nazi, voir F. Rector, *The Nazi Extermination of Homosexuals*, New York, Stein et Day, 1981. Les homosexuels étaient identifiés par le triangle de tissu rose qu'ils devaient porter dans les camps de concentration, et ils étaient traités cruellement. Rector estime qu'au moins 500 000 homosexuels sont morts pendant l'extermination des Juifs (p. 116). Pourtant, il fait remarquer que ce génocide des homosexuels [TRADUCTION] «constitue encore, à toutes fins utiles, un secret historique» (p. 111).

121. Voir la page 16 du présent document de travail pour une discussion des limitations possibles de la définition actuelle.

Puisqu'il importe de lutter contre la fomentation de la haine, tous les moyens permettant de parvenir à cette fin doivent être clairement visés.

Ces crimes doivent cependant être définis de façon restrictive. Ils ne doivent pas porter abusivement atteinte aux valeurs fondamentales que sont la liberté d'expression, le respect de la vérité et celui de l'intimité de la vie privée.

Examinons d'abord l'incitation à la haine dans un endroit public lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entraîner une violation de la paix. Cette infraction pose deux importants problèmes. Premièrement, est-elle utile? Toutes les questions relatives à la violation de la paix devraient-elles être exclusivement résolues grâce aux infractions destinées à protéger l'ordre public, c'est-à-dire celles qui visent à réprimer le fait de troubler la paix, les attroupements illégaux ou les émeutes? Deuxièmement, si la nécessité de cette incrimination est admise, devrait-elle être définie plus précisément?

Que cherche-t-on à réprimer réellement? La violation de la paix ou un genre particulier de fomentation de la haine contre tout groupe identifiable? Bien que ces deux éléments soient présents, selon nous, le dernier domine. Ce crime devrait donc continuer de figurer parmi les infractions destinées à lutter contre la propagande haineuse.

Cependant, cet article présente également des lacunes car l'élément matériel et l'élément moral constitutifs de l'infraction ne sont pas définis de façon assez précise.

L'élément matériel soulève trois problèmes. En premier lieu, l'auteur de l'infraction doit avoir «incité» à la haine. Le mot «fomenter» conviendrait mieux. Nous reviendrons sur cette question en examinant le crime de fomentation volontaire de la haine.

En deuxième lieu, l'incitation doit être susceptible d'entraîner une «violation de la paix». Cette expression, employée dans le contexte des pouvoirs d'arrestation de la police a déjà été critiquée par la Commission parce qu'elle est vague[122]. Elle ne devrait plus être utilisée pour définir cette infraction. Au contraire, il faut une définition plus précise du préjudice que l'on cherche à prévenir. À l'heure actuelle, nous estimons que la fomentation de la haine dans un endroit public ne devrait être incriminée que si elle est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique des personnes ou des dommages à des biens.

En troisième lieu, bien que l'incrimination ne vise que les déclarations communiquées «dans un endroit public» qui sont susceptibles d'entraîner une violation de la paix, sur le plan théorique, il peut s'agir d'une déclaration faite au cours d'une conversation

---

122. Commission de réforme du droit du Canada, *L'arrestation* [Document de travail 41], Ottawa, CRDC, 1985, p. 100-101.

privée[123]. Il importe de mieux protéger l'intimité de la vie privée. Seule la fomentation de la haine «en public» dans un endroit public devrait être incriminée[124].

L'élément moral est vague. Rappelons que le juge Martin, de la Cour d'appel, a déclaré en *obiter* dans l'affaire *Buzzanga* que l'insouciance semblait être un élément constitutif de cette infraction[125]. En revanche, la Commission a soutenu qu'en matière de responsabilité secondaire, l'élément moral de l'infraction devrait consister exclusivement dans l'intention ou dans le dessein et non dans l'insouciance[126]. En accord avec cette dernière opinion, nous estimons que l'élément moral du crime de fomentation de la haine dans un endroit public devrait être limité à l'intention ou au dessein.

La difficulté principale consiste à déterminer avec suffisamment de certitude dans quels cas un orateur pourrait être non seulement réduit au silence mais aussi être exposé à des poursuites parce que l'auditoire, qui ne partage pas son avis, n'aura pas pu se contenir. Dans quelle mesure faut-il punir une personne parce que les autres accueillent avec hostilité ses opinions? En précisant qu'il s'agit de la fomentation publique et volontaire de la haine dans un endroit public qui est susceptible d'entraîner des atteintes à l'intégrité physique des personnes ou des dommages à des biens, nous estimons que ce genre de situation ne se présentera pas souvent. Si tel était néanmoins le cas, il serait justifié de punir le fomentateur de haine compte tenu de la situation dangereuse qu'il contribuerait à créer.

La deuxième infraction prévue au *Code* que nous aborderons est la fomentation volontaire de la haine. De tous les crimes actuels relatifs à la fomentation de la haine,

---

123. Pendant les délibérations du Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes sur la législation proposée en matière de propagande haineuse, un membre du comité, M. Hogarth, a soutenu que si la haine était exprimée dans un endroit public mais dans une conversation privée, cette expression ne devrait pas être incriminée. Le ministre de la Justice, John Turner a alors déclaré ce qui suit :

> Le fondement de l'offense est l'incitation qui entraîne une violation de la paix ... Il pourrait arriver que la violation de la paix provienne d'une conversation privée dans un endroit public et que ce soit là le fondement de l'offense ... Que l'incitation commence ou non au cours d'une conversation privée, ou à la suite d'une déclaration faite sur une place publique, la chose est secondaire. Mais si elle se développe en une situation susceptible d'entraîner une violation de la paix, à ce moment-là, il y a délit à notre sens (Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, 24 février 1970, fasc. 10, p. 63-65).

124. Si cette proposition était acceptée, l'incitation à la haine exprimée dans une conversation privée ou par tout autre moyen de communication privé dans un endroit public (par exemple, un café) ne serait pas visée par l'infraction. C'est un principe qui se défend. Sur le plan pratique, il est peu probable qu'une conversation privée soit susceptible d'entraîner une violation de la paix. Mais si cela était, la violation risque fort d'être attribuable au fait que d'autres auront entendu cette conversation privée et l'auront accueillie avec violence. Il ne serait pas justifié dans un tel cas que ceux qui ne partagent pas l'avis de la personne qui converse puissent l'exposer à des poursuites en raison de leur propre comportement, et leur responsabilité devrait être engagée parce qu'ils ont compromis l'ordre public.

125. *R.* v. *Buzzanga and Durocher*, *supra*, note 33, p. 381.

126. Commission de réforme du droit du Canada, *La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives* [Document de travail 45], Ottawa, CRDC, 1985, p. 32-35.

c'est celui qui suscite le plus de difficulté. Davantage que toute autre infraction, cette disposition prohibe de simples mots, sans plus. Plusieurs questions se posent : La définition de l'élément matériel est-elle assez précise? Quel est l'élément moral de ce crime? L'exactitude des déclarations devrait-elle constituer un moyen de défense? Est-il nécessaire de prévoir d'autres moyens de défense? Faut-il obtenir le consentement du procureur général pour poursuivre?

Les deux parties constituantes de l'élément matériel présentent des lacunes. Il s'agit du mot «*promoting*» dans la version anglaise et de la déclaration faite «autrement que dans une conversation privée».

En premier lieu, dans la version anglaise, le mot «*promotes*» n'explique pas assez précisément pourquoi le droit pénal devrait réprimer une telle conduite. La diffusion de la haine est un crime contre l'ordre social parce qu'elle fait naître des dispositions inamicales et suscite de l'hostilité envers des groupes impuissants. Le mot anglais «*foment*» serait plus exact que le mot «*promotes*» pour décrire l'objet de la répression. Selon le *Shorter Oxford Dictionary*, ce mot signifie en partie [TRADUCTION] «éveiller ou susciter; exciter, envenimer». Du reste, dans la version française, on emploie le verbe «fomenter» pour définir ce crime.

En second lieu, l'expression «autrement que dans une conversation privée» ne semble pas protéger d'autres communications privées telles que la lettre adressée à un ami[127]. L'intimité de la vie privée, valeur fondamentale de notre société, n'est pas assez préservée. Après tout, le principal danger est que le public adopte une attitude hostile à l'égard de groupes identifiables. Par conséquent, il faut reformuler cette disposition pour écarter l'exception de la «conversation privée» et frapper plutôt les personnes qui fomentent «publiquement» la haine contre tout groupe identifiable. Le mot «publiquement» ne devrait pas être défini. Son interprétation devrait être laissée au juge.

L'élément moral soulève la question cruciale de savoir s'il faut conserver le mot «volontairement» ou une expression équivalente, et donc maintenir la nécessité d'une intention spécifique, ou s'il ne faut pas plutôt écarter ce terme en vue de créer un crime caractérisé par l'insouciance. Bon nombre de personnes se sont prononcées en faveur de l'abandon du mot «volontairement» comme l'indiquent le rapport intitulé *L'égalité ça presse!* et l'étude du Comité Fraser.

---

127. L'exception de la «conversation privée» a été expliquée par M. David Lewis pendant les délibérations du Comité permanent de la justice et des questions juridiques de la Chambre des communes le jeudi 26 février 1970, fasc. 11, p. 11-12 :

> [À] mon sens, la seule exception est celle de communiquer ces choses d'une façon qui n'est pas permanente — c'est-à-dire dans une conversation. Toutefois, si une déclaration est écrite, que ce soit *entre deux personnes ou plus*, elle peut circuler et c'est là le danger. [C'est nous qui soulignons]

En d'autres termes, cette exception visait les seules communications privées orales, non les communications privées écrites.

En revanche, l'infraction de fomentation de la haine contre un groupe proposée par l'American Law Institute dans la version provisoire nº 13, *supra*, note 96, comportait l'exigence stricte de la publicité, laquelle garantissait de façon efficace la valeur fondamentale qu'est l'intimité.

En toute déférence, nous ne partageons pas cet avis. Le principe de la modération exige que le législateur s'intéresse non seulement aux comportements qu'il veut réprimer mais aussi à ceux qu'il ne veut pas réprimer. Il se peut fort bien, par exemple, que l'abandon de l'exigence de l'intention permette que des poursuites soient intentées avec succès dans des cas similaires à l'affaire *Buzzanga* dans laquelle un groupe minoritaire avait publié de la propagande haineuse contre lui-même en vue de susciter la controverse ou de provoquer une réforme. Cette infraction ne devrait pas être invoquée pour poursuivre de tels individus.

En effet, il ne faudrait y recourir que dans les cas extrêmes de fomentation de la haine quand l'accusé est animé par des sentiments hostiles. Par conséquent, nous recommandons que l'intention continue d'être un élément constitutif de ce crime. La meilleure façon d'y arriver est de substituer au mot «volontairement» le terme «intentionnellement» ou «à dessein». Cette nouvelle formulation ne modifiera aucunement l'élément moral du crime tel qu'il a été établi dans l'affaire *Buzzanga*[128], mais elle permettra d'éviter la difficulté inhérente au mot «volontairement» qui n'a pas été défini de façon constante en droit pénal[129].

L'exactitude des allégations devrait-elle pouvoir être invoquée en défense? Actuellement, cela est possible. Certaines personnes que nous avons consultées ont soutenu que cela ne devrait pas être parce qu'il n'y a pas de commune mesure entre le préjudice subi et l'exactitude des allégations.

Voilà qui soulève une importante question de principe : quand le droit pénal doit-il punir une personne pour avoir publié la vérité? On peut convenir qu'en certaines occasions, cela s'impose. Ainsi, aucun moyen de défense, ni même l'exactitude des allégations, ne peut être invoqué contre le crime de fomentation intentionnelle de la haine dans un endroit public que nous proposons. Il faut toutefois préciser que la raison invoquée pour écarter les moyens de défense associés à l'infraction actuelle est que la paix publique est directement menacée, c'est-à-dire que selon toute probabilité, l'intégrité physique d'une personne sera atteinte ou des biens seront endommagés.

Or, le crime de fomentation intentionnelle de la haine n'exige pas l'existence d'une menace immédiate pour la paix publique. La portée de cette infraction est donc plus large. Ici, le droit pénal doit respecter la vérité en tant que valeur fondamentale. Autrement, nous visons non seulement les colporteurs de haine mais aussi les véritables

---

128. Dans l'affaire *Buzzanga and Durocher*, *supra*, note 33, selon la Cour d'appel de l'Ontario, le mot «volontairement» dans le contexte de la fomentation de la haine, signifie a) avoir l'objectif avoué de fomenter la haine ou b) prévoir que la fomentation de la haine serait le résultat certain ou moralement certain du geste accompli. Cette définition correspond à celle de l'intention ou du dessein applicable au crime dont un des éléments constitutifs est l'intention ou le dessein dans la version provisoire du code de la Commission, lequel paraîtra bientôt.

129. Voir J. Fortin et L. Viau, *supra*, note 35, p. 140-142.

chercheurs qui, pour diverses raisons, suscitent la controverse en publiant des données factuelles exactes pour critiquer les groupes importants de notre société.

Qu'en est-il des autres moyens de défense[130]? Sont-ils nécessaires?

Bon nombre de personnes estiment sans aucun doute que l'ensemble des moyens de défense actuellement prévus est trop large et qu'il enlève toute efficacité à l'infraction. Ainsi, deux des autres moyens de défense, ceux qui se rapportent à une opinion sur un sujet religieux et au désir d'enrayer les sentiments de haine, exigent que l'accusé ait agi de «bonne foi». Certains prétendent qu'il suffit que l'accusé soit honnêtement convaincu de ce qu'il dit pour que l'exigence de la «bonne foi» soit remplie. Les fanatiques sincères pourraient alors invoquer ces moyens de défense avec succès.

Quoi qu'il en soit, nous sommes d'avis qu'au lieu de permettre l'acquittement de l'accusé lorsqu'il a fomenté volontairement la haine, les moyens de défense prévus semblent plutôt des exemples de cas où il n'y a pas fomentation volontaire de la haine[131]. Si une personne fomente volontairement ou intentionnellement la haine, cette personne agit selon toute apparence de mauvaise foi, et non de bonne foi. Par analogie, en ce qui concerne l'immunité relative en matière de diffamation, une personne n'agit pas de bonne foi même si elle croit à la diffamation lorsqu'elle est surtout animée par la vengeance, des dispositions inamicales ou d'autres motifs illégitimes[132]. Comme le démontrent les affaires comme *Keegstra* et *Buzzanga*, lorsqu'une personne a dans les faits fomenté volontairement la haine, les juges et les jurys sont peu enclins à conclure que les moyens de défense s'appliquent[133].

Dès lors, ces moyens de défense sont-ils utiles si l'intention demeure l'un des éléments constitutifs du crime? Sur le plan psychologique, la conservation de ces moyens de défense est avantageuse car elle démontre jusqu'à quel point la société tient à la liberté

---

130. Outre la véracité des allégations, les trois autres moyens de défense prévus au paragraphe 281.2(3) du *Code* sont les suivants :

> *b*) s'il a, de bonne foi, exprimé une opinion sur un sujet religieux ou tenté d'en établir le bien-fondé par discussion;
>
> *c*) si les déclarations se rapportaient à une question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public, et si, en se fondant sur des motifs raisonnables, il les croyait vraies; ou
>
> *d*) si, de bonne foi, il voulait attirer l'attention, afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.

131. Voir l'analyse de ces moyens de défense par Cohen, *supra*, note 4, p. 775-777.

132. Pour une excellente analyse de cette question, en matière de droit de la diffamation, voir *Horrocks* v. *Lowe*, [1975] A.C. 135 (C.L.).

133. Par exemple, dans l'affaire *Buzzanga and Durocher*, *supra*, note 33, le juge d'appel Martin a déclaré ce qui suit à la page 389 : [TRADUCTION] «À mon avis, l'exception prévue à l'alinéa 281.2(3)*d*) a été inspirée par une prudence extrême et lorsqu'une personne a ‹volontairement› fomenté la haine, les cas où l'exception s'applique doivent être relativement rares». De même, dans l'affaire *Keegstra*, ce dernier a été déclaré coupable d'avoir volontairement fomenté la haine malgré ces moyens de défense. Voir Mertl et Ward, *supra*, note 36.

d'expression. Après tout, ces autres moyens de défense étaient auparavant prévus par d'autres dispositions du *Code* et visaient d'autres crimes limitant la liberté d'expression (libelle blasphématoire, libelle diffamatoire et sédition)[134]. C'est par souci de prudence que ces moyens de défense ont été insérés ici pour que les déclarations factuelles et les opinions expressément autorisées dans d'autres contextes ne soient pas visées par cette infraction et pour que les groupes minoritaires ne soient pas persécutés par l'application de la disposition destinée à les protéger. Par conséquent, ils devraient être conservés.

Faut-il continuer d'exiger que le procureur général autorise au préalable les poursuites en matière de fomentation de la haine (et, incidemment, en matière d'encouragement au génocide)?

Puisqu'on ne sait pas exactement ce qui fomente la haine, des poursuites injustifiées pourraient être intentées si aucune garantie n'est prévue. Citons, à titre d'exemple, la plainte faite en Alberta en 1984 au sujet du film intitulé *Red Dawn* qui traitait d'une invasion communiste fictive des États-Unis. On a prétendu que ce film avait fomenté la haine contre les Russes et les Cubains[135]. En 1975, des jeunes ont été arrêtés par la police torontoise pour avoir distribué des dépliants portant la mention «*Yankee Go Home*[136]».

En général, des garanties sont prévues. D'abord, l'exigence du dépôt de la dénonciation devant un juge de paix, puis le pouvoir de la Couronne d'arrêter les procédures. Cependant, la liberté d'expression est-elle si fondamentale dans notre société qu'il soit justifié de prendre des mesures spéciales pour se préserver de l'exercice abusif du pouvoir d'intenter des poursuites contre ceux qui commettent des crimes limitant la liberté d'expression?

L'exigence de l'obtention préalable du consentement du procureur général est un moyen efficace d'éviter, dès le départ, les dépenses et la charge que représente un procès criminel, surtout lorsqu'il s'agit d'une question politique délicate. Toutefois, cette exigence peut aussi empêcher les victimes de propagande haineuse d'intenter une poursuite. Ainsi, Ernst Zundel a été poursuivi en application de l'article 177 parce que le procureur général de l'Ontario a refusé qu'il soit accusé d'avoir fomenté volontairement la haine[137].

Cette question de savoir si le consentement du procureur général devrait être obtenu au préalable pour la poursuite de certains crimes est l'un des points étudiés dans le document de travail sur les pouvoirs du procureur général qui va paraître prochainement. Nous préférons donc ne pas faire de recommandation sur cette question en ce qui a trait aux crimes relatifs à la propagande haineuse avant que l'étude ne soit terminée.

---

134. Voir le paragraphe 260(3), l'article 273 et l'alinéa 61*d*) du *Code*.

135. Voir l'éditorial intitulé «*Red Yawn*» publié dans l'*Edmonton Journal*, le jeudi 13 septembre 1984, p. A6.

136. Voir Mertl et Ward, *supra*, note 36, p. 38.

137. Voir Ryan, *supra*, note 46, p. 339.

Conclusion

Il n'y a pas de solution facile au problème de la diffusion de la haine. Même parmi les défenseurs des libertés publiques qui croient fermement à la protection de la liberté de parole, la nécessité de ces incriminations ne fait pas l'unanimité.

Il se peut fort bien que le public ne fasse pas un accueil très chaleureux à ces propositions. D'une part, les minorités visibles seront peut-être consternées par la décision de conserver l'intention à titre d'élément moral pour l'infraction de fomentation de la haine proposée ainsi que tous les moyens de défense actuels. D'autre part, les défenseurs des libertés publiques peuvent être déçus parce que nous n'avons pas préconisé l'abolition de l'infraction de fomentation volontaire de la haine. En effet, il se peut qu'ils frémissent à la pensée d'élargir la définition des «groupes identifiables» en vue de protéger les groupes énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte. Les deux camps peuvent accuser la Commission d'avoir manqué d'audace et d'imagination sur cette importante question sociale.

Pourtant, les propositions présentées ici sont tout à fait conformes à l'opinion que nous avons exprimée : si le droit pénal doit appuyer les valeurs fondamentales, il ne doit pas moins être appliqué avec modération.

Il faut reconnaître que l'existence même de ces crimes soulève deux objections fondamentales. Premièrement, elles porteraient atteinte à la liberté d'expression de façon injustifiable. En d'autres termes, la limitation de la liberté d'expression de certains restreint la liberté d'expression de tous. Deuxièmement, ces crimes n'atteindraient peut-être pas leur but. Après tout, la république de Weimar réprimait la propagande haineuse et pourtant, Hitler a quand même pris le pouvoir.

Cependant, les infractions proposées dans le présent document portent une atteinte justifiable à la liberté d'expression en faisant en sorte que seuls les types de haine les plus graves soient frappés par le droit pénal. En plus, ces crimes atteindront doublement leur objectif, en premier lieu, en soulignant les valeurs fondamentales que sont l'égalité et la dignité et, en second lieu, en dissuadant les autres de s'adonner à une telle activité.

Il faut reconnaître aussi que la définition restreinte de ces crimes soulève une objection fondamentale : les moyens légaux qu'ils proposent ne seraient pas bien adaptés à la lutte contre la propagation de la haine.

Cependant, la question est de savoir dans quelle mesure il faut recourir au *droit pénal* pour réprimer la fomentation de la haine contre les groupes identifiables. Compte tenu de sa nature coercitive et brutale, le droit pénal doit être employé avec modération. C'est un moyen de dernier recours seulement. Bien entendu, notre société peut employer

d'autres méthodes pour lutter contre la diffusion de la haine. Les travaux des commissions des droits de la personne contribuent énormément à l'élimination des attitudes qui appuient la discrimination. Un moyen plus efficace encore de lutter contre la fomentation de la haine serait peut-être de faire en sorte que ces commissions jouent un rôle plus grand. Cependant, l'apport du droit pénal doit être limité à la prévention des haines les plus nocives qui sont clairement dirigées contre des groupes importants de la société. Autrement, au nom de la lutte contre la haine, notre société court le risque de créer une répression injustifiable.

Recommandations

Les crimes réprimant la propagande haineuse devraient être modifiés comme suit :

Généralités

Les groupes

1. Tous ces crimes devraient protéger les groupes identifiables en raison de la race, l'origine nationale ou ethnique, la couleur, la religion, le sexe, l'âge ou les déficiences mentales ou physiques.

L'agencement des infractions

2. La définition de l'expression «groupe identifiable» devrait être retranchée de l'infraction d'encouragement au génocide et être insérée dans un article définitoire distinct.

3. Ces crimes devraient figurer dans notre nouveau code au chapitre portant sur les *infractions contre la société*.

Les infractions spécifiques

Le génocide

4. (1) La question de savoir si un crime de génocide devrait être prévu dans notre nouveau code ne devrait pas être résolue dans le présent document mais être reportée pour examen futur.

(2) Le crime d'encouragement au génocide devrait être conservé. Cependant, il devrait être modifié de façon à frapper ceux qui «préconisent, fomentent ou conseillent» le génocide. De même, toute recommandation relative à l'exigence de l'obtention préalable du consentement du procureur général ne devrait être faite qu'après la publication du document de travail de la Commission portant sur les pouvoirs du procureur général qui paraîtra prochainement.

La diffusion de fausses nouvelles

5. L'article 177, qui prévoit le crime de diffusion de fausses nouvelles, devrait être aboli. Toute nouvelle infraction destinée à réprimer le fait d'alarmer le public devrait être définie de façon assez précise pour qu'elle ne puisse servir à poursuivre les marchands de haine.

Les crimes de fomentation de la haine ou d'incitation à la haine prévus à l'article 281.2

6. (1) Les deux infractions devraient être modifiées pour viser clairement tout moyen de fomentation de la haine.

(2) Le crime d'incitation à la haine dans un endroit public lorsqu'une telle incitation est susceptible d'entrainer une violation de la paix devrait être reformulé comme suit :

> **Commet un crime quiconque fomente la haine dans un endroit public intentionnellement [à dessein] et publiquement lorsque la fomentation est susceptible de porter atteinte à l'intégrité physique d'une personne ou d'entrainer des dommages à des biens. [L'expression «endroit public» comprendrait toujours tout lieu auquel le public a accès de droit ou sur invitation, expresse ou tacite.]**

(3) Le crime qui consiste à fomenter volontairement la haine, autrement que dans une conversation privée, contre un groupe identifiable, devrait être reformulé comme suit :

> ***a*) Commet un crime quiconque fomente la haine intentionnellement [à dessein] et publiquement contre tout groupe identifiable.**
>
> ***b*) Nul ne doit être déclaré coupable dans les cas suivants :**
>
> > **(i) les allégations sont exactes et l'accusé en fournit la preuve;**
> >
> > **(ii) l'accusé exprime, de bonne foi, une opinion sur un sujet religieux;**
> >
> > **(iii) l'accusé reprend des allégations qu'il croyait vraies, en se fondant sur des motifs raisonnables, et qui se rapportent à toute question d'intérêt public dont l'examen était fait dans l'intérêt du public;**
> >
> > **(iv) l'accusé, de bonne foi, voulait attirer l'attention afin qu'il y soit remédié, sur des questions provoquant ou de nature à provoquer des sentiments de haine à l'égard d'un groupe identifiable au Canada.**
>
> ***c*) Toute recommandation relative à l'exigence de l'obtention préalable du consentement du procureur général ne devrait être faite qu'après la consultation du document de travail de la Commission portant sur les pouvoirs du procureur général qui paraîtra prochainement.**

Dispositions relatives à la confiscation

7. Conformément à la recommandation faite dans notre rapport intitulé *Les fouilles, les perquisitions et les saisies*[138], l'article 281.3 qui prévoit des procédures *in rem* pour la saisie et la confiscation de la propagande haineuse, devrait être retiré du *Code* pour être incorporé à des textes réglementaires fédéraux.

On peut se demander si les paragraphes 281.2(4) et (5) qui régissent la confiscation des documents après la condamnation pour une infraction de propagande haineuse, devraient figurer parmi ces crimes ou s'ils ne devraient pas plutôt être mis au nombre des dispositions relatives à la peine.

---

138. *Supra*, note 50.

ANNEXE A

Législations canadiennes relatives aux droits et libertés de la personne

Charte canadienne des droits et libertés, partie I de la *Loi constitutionnelle de 1982* constituant l'annexe B de la *Loi du Canada* (U.K.), chap. 11.
Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. 1977, chap. C-12.
Civil Rights Protection Act, S.B.C. 1981, chap. 12.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, modifié.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, Appendice III.
Fair Practices Ordinance, R.O.N.T. 1974, chap. F-2.
Fair Practices Ordinance, R.O.Y.T. 1971, chap. F-2.
Human Rights Act, C.S.N.S. 1979, chap. H-24.
Human Rights Act, S.P.E.I. 1975, chap. 72.
Individual's Rights Protection Act, R.S.A. 1980, chap. I.2.
Loi canadienne sur les droits de la personne, S.C. 1976-77, chap. 33.
Loi sur les droits de l'homme, L.R.N.-B. 1973, chap. H-11.
Ontario Human Rights Act, R.S.O. 1980, chap. 340.
The Human Rights Act, S.R.M. 1970, chap. H175.
The Newfoundland Human Rights Code, R.S.N. 1970, chap. 262.
The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1.

ANNEXE B

La pornographie et la propagande haineuse

Nombre de féministes affirment que la pornographie encourage la haine envers les femmes. D'après Susan Brownmiller, [TRADUCTION] «la pornographie, c'est la propagande contre les femmes à l'état pur[139]». D'ailleurs, certains font ressortir la similarité entre la pornographie dirigée contre les femmes et la propagande haineuse dirigée contre les Juifs et les Noirs[140].

Le Comité Fraser a reconnu le bien-fondé de cet argument. Aussi a-t-il proposé, outre un régime très détaillé à trois volets d'interdictions visant la pornographie, le recours à l'article 281.2 du *Code* relatif à la propagande haineuse pour chercher à combattre le fléau de la pornographie. Voici un extrait du rapport du Comité :

> Si l'on accepte l'argument qui fait de la pornographie l'expression d'une attitude misogyne, on est particulièrement fondé à invoquer l'article du *Code* réprimant la propagande haineuse. Si le mal que l'on perçoit dans la pornographie est effectivement la communication d'une propagande mensongère et haineuse à l'encontre des femmes, il semble logique de lui appliquer cette disposition du *Code* plutôt que les articles plus proprement applicables aux comportements sexuels[141].

S'arrêtant au préjudice causé par la pornographie, le Comité Fraser a mis en lumière l'atteinte portée à une valeur fondamentale, en l'occurrence le droit à l'égalité qui est garanti par la Constitution. Par souci de cohérence cependant, il a recommandé que la portée de l'infraction soit élargie afin de comprendre tous les groupes énumérés à l'article 15 de la Charte[142].

Le Comité a reconnu d'autre part que la répression efficace du fléau de la pornographie exigeait que d'autres modifications soient apportées à cet article. Il fallait premièrement éliminer la nécessité du caractère volontaire de l'acte reproché. À ce sujet, le Comité affirmait ce qui suit :

---

139. S. Brownmiller, *Against Our Will*, New York, Bantam Books, 1976, p. 443. Voir aussi A. Dworkin, *Pornography: Men Possessing Women*, New York, Putnam, 1981, et L. Lederer (éd.), *L'envers de la nuit : les femmes contre la pornographie*, Québec, Édition Remue-ménage, 1983.

140. Voir, par exemple, S. Griffin, *Pornography and Silence*, New York, Harper Colophon Books, 1981, p. 156-199.

141. Comité Fraser, *supra*, note 56, vol. 1, p. 343.

142. *Id.*, p. 344-347.

> En matière de pornographie, c'est imposer au poursuivant un fardeau démesuré que de l'obliger à démontrer le caractère «volontaire» du message de haine implicite dans l'ouvrage attaqué. De pareils ouvrages peuvent avoir pour effet de fomenter la haine envers les femmes mais il serait trop facile de démontrer que cela n'était pas «volontaire». On pourrait prétendre que l'ouvrage a été publié à des fins de divertissement sexuel ou dans un but lucratif, et tout motif autre que la haine, même le moins honorable, permettrait d'échapper à une poursuite fondée sur une disposition de la loi exigeant la preuve de l'intention spécifique et délibérée de fomenter la haine[143].

Deuxièmement, il fallait éliminer la nécessité d'obtenir pour toute poursuite le consentement préalable du procureur général[144]. Troisièmement, il fallait redéfinir l'infraction afin de comprendre toute représentation visuelle[145].

Néanmoins, les propositions de réforme énoncées dans le présent document en matière de propagande haineuse ne fourniraient pas un moyen efficace de lutte contre le fléau de la pornographie car «l'intention» ou «le dessein» seraient des éléments constitutifs de l'infraction. Comme il serait nécessaire de prouver ces éléments, la pornographie ne pourrait pas en pratique donner matière à procès en vertu de l'article 281.2 sauf peut-être dans des cas exceptionnels.

Le débat sur le recours aux dispositions relatives à la propagande haineuse pour combattre la pornographie met en évidence certains problèmes.

En premier lieu, examinons l'hypothèse suivant laquelle la pornographie encourage la haine à l'encontre des femmes tout comme le racisme des Blancs encourage la haine à l'égard des Noirs. Certains contestent cette affirmation. Par exemple, Ryan avance ce qui suit :

> [TRADUCTION]
> Toute la question de la pornographie est intimement et inextricablement liée aux pulsions sexuelles d'origine biologique de l'être humain ... La haine constitue parfois un mobile, mais la motivation est complexe et repose au moins en partie sur la pulsion sexuelle ... Elle [la pornographie] ne doit pas être fragmentée et confondue sous quelque aspect avec la haine raciale et religieuse, qui a sa source ailleurs[146].

En deuxième lieu, l'élargissement de la notion de propagande haineuse en vue de sanctionner la pornographie par l'adjonction du mot «sexe» à la définition du terme «groupe identifiable» fait également problème car cela étendrait également la sanction

---

143. *Id.*, p. 347.

144. *Ibid.*

145. *Id.*, p. 348-349.

146. Ryan, *supra*, note 46. Pour une autre critique de cette vue d'ensemble de la pornographie en tant que forme d'incitation à la haine, voir aussi B. Faust, *Women, Sex, & Pornography*, Londres, Melbourne House, 1980, et L. Duggan, N. Hunter et C. Vance, «False Promises: Feminist Antipornography Legislation in the U.S.», dans V. Burstyn (éd.), *Women against Censorship*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1985, 130.

pénale à des expressions d'attitudes misogynes non pornographiques. Quelles seraient ces autres expressions d'attitudes misogynes? On peut soutenir qu'Andrea Dworkin exprime là-dessus une opinion extrême :

> [TRADUCTION]
> L'antiféminisme est toujours une forme de haine vis-à-vis des femmes : il était temps qu'on le dise, qu'on fasse le parallèle, qu'on souligne la vérité de cette affirmation. C'est à juste titre qu'on voit, dans chaque effort pour entraver l'amélioration de la situation de la femme sur tous les plans, qu'il s'agisse de mesures radicales ou de réforme, la haine des femmes, la haine à caractère sexuel, le mépris passionné ... Cette assertion se vérifie quand l'antiféminisme consiste à s'opposer à l'amendement relatif à l'égalité des droits, au droit à l'avortement sur demande, aux poursuites en matière de harcèlement sexuel, aux refuges pour les femmes battues ou à la réforme des lois relatives au viol. Elle se vérifie que l'opposition vienne de la Heritage Foundation, de la Moral Majority, du Eagle Forum, de la American Civil Liberties Union, du parti communiste, des démocrates ou des républicains[147].

En troisième lieu, l'élargissement de la définition de l'infraction en vue de viser les encouragements inconsidérés à la haine contre un groupe sexuel englobe non seulement la haine des femmes mais également la haine des hommes. Il est à craindre que l'infraction puisse servir à poursuivre les féministes radicales pour provocation à la haine contre les hommes. Varda Burstyn, par exemple, souligne que

> [TRADUCTION]
> Joe Borowski, ex-ministre au Manitoba et adversaire acharné de l'avortement disposant de fonds importants, a fait part de son intention d'intenter des poursuites au criminel contre la revue féministe de Winnipeg *Herizons*, au sujet d'une caricature illustrant une explosion sur un chantier de construction, censée résulter de la revanche des femmes contre les travailleurs. Il a déclaré que cette caricature représentait «la violence exercée à l'encontre des hommes»[148].

En quatrième lieu, il reste la question de savoir si, à supposer que des infractions spécifiques visant la pornographie soient incorporées dans notre nouveau code, l'élargissement de la définition des crimes relatifs à la propagande haineuse en vue de réprimer la pornographie constituera une adjonction réellement utile aux règles existantes. Le Comité Fraser croyait, de toute évidence, que les modifications qu'il proposait d'apporter au paragraphe 281.2(2) compléteraient le régime à trois volets qu'il recommandait pour lutter contre la pornographie[149]. Une autre chose est certaine : le crime d'incitation à la haine ne saurait constituer un moyen efficace de combattre la pornographie que si son champ d'application s'étendait à peu près aux mêmes conduites que sanctionnent déjà les crimes relatifs à la pornographie. Deux questions se posent à ce sujet. Premièrement, si la pornographie fait l'objet de textes d'incrimination spécifiques, convient-il vraiment d'adopter d'autres textes qui seraient applicables aux mêmes conduites? Deuxièmement,

---

147. A. Dworkin, *Right-Wing Women*, New York, Wideview/Perigee, 1983, p. 196-197.

148. Burstyn, *supra*, note 146, p. 159. Pour un compte rendu de cet incident dans la presse, voir le numéro du *Winnipeg Free Press* du mardi 4 décembre 1984, à la page 3, colonne 1.

149. Comité Fraser, *supra*, note 56, p. 348.

si le crime d'incitation à la haine peut compléter les crimes relatifs à la pornographie dans une certaine mesure, ne risque-t-il pas en revanche de servir à battre en brèche les garanties prévues à l'égard des infractions en matière de pornographie? Qu'arrivera-t-il si un poursuivant privé est déterminé à intenter des poursuites et se rend compte que le crime d'incitation à la haine ne comporte pas les mêmes moyens de défense que les infractions relatives à la pornographie?

En fait, le principe de la modération dans l'application du droit pénal contraint la Commission à réprimer la pornographie non pas au moyen des infractions relatives à la propagande haineuse mais plutôt en recourant uniquement aux infractions en matière de pornographie[150]. Ainsi agencé, le droit pénal définit avec plus de précision le type de pornographie qu'il tend à sanctionner. En outre, cette solution prévient tout usage éventuellement abusif du droit pénal en prévenant l'engagement de poursuites susceptibles de restreindre l'exercice de la liberté d'expression.

---

150. Dans *Pornography: Obscenity Re-examined* (octobre 1985), document d'orientation inédit sur la pornographie rédigé pour le compte de la Commission de réforme du droit du Canada, Janet Erasmus se prononce également contre l'engagement de poursuites en matière de pornographie fondées sur l'incrimination relative à la propagande haineuse consistant à fomenter la haine.

Bibliographie

Arkes, H., «Civility and the Restriction of Speech: Rediscovering the Defamation of Groups», [1974] *Sup. Ct. Rev.* 281.

Beckton, C.F., «Freedom of Expression in Canada — How Free?», (1983) 13 *Man. L.J.* 583.

«La liberté d'expression», dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky (éds), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej, 1982, p. 95.

Belton, P.J., «The Control of Group Defamation: A Comparative Study of Law and Its Limitations», (1960) 34 *Tul. L. Rev.* 299.

Bender, P.A., «Justifications for Limiting Constitutionally Guaranteed Rights and Freedoms: Some Remarks about the Proper Role of Section One of the Canadian Charter», (1983) 13 *Man. L.J.* 669.

Bentham, J., *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, Oxford, Clarendon Press, 1879.

Bercuson, D. et D. Wertheimer, *A Trust Betrayed: The Keegstra Affair*, Toronto, Doubleday Canada, 1985.

Berger, T., *Fragile Freedoms*, Toronto, Clarke, Irwin, 1981.

Beth, L.P., «Group Libel and Free Speech», (1954-55) 39 *Minn. L. Rev.* 167.

Bitker, B.V., «The International Treaty against Racial Discrimination», (printemps 1970) 53 *Marq. L. Rev.* 68.

Blin, H., «L'évolution législative et jurisprudentielle du droit de la presse au cours des vingt ou trente dernières années», dans *Aspects nouveaux de la pensée juridique, recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, vol. II, Études de science pénale et de politique criminelle, Paris, Éditions A. Pedone, 1975, p. 314.

Bossuyt, M., *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruyland, 1976.

Brewin, F.A., «Criminal Law — Sedition — Witnesses of Jehovah — Civil Liberties — Consultation among Members of Appellate Court», (1951) 29 *R. du B. Can.* 193.

Brown, J.J. et C.L. Stern, «Group Defamation in the U.S.A.», (janvier 1964) 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 7.

Brownmiller, S., *Against Our Will*, New York, Bantam Books, 1976.

Brun, H., «Quelques notes sur les articles 1, 2, 7 et 15 de la Charte canadienne des droits et libertés», (1982) 23 *C. de D.* 781.

Buergenthal, T., «Implementing the U.N. Racial Convention», (1977) 12 *Tex. Int. L.J.* 187.

Burstyn, V. (éd.), *Women against Censorship*, Vancouver, Douglas & McIntyre, 1985.

Canada, Chambre des communes, Comité parlementaire sur les droits à l'égalité, *Égalité pour tous*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985.

Canada, Chambre des communes, Comité spécial d'étude de la pornographie et de la prostitution, *La pornographie et la prostitution au Canada*, vol. 1, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985.

Canada, Chambre des communes, Comité spécial de la propagande haineuse au Canada, *Rapport*, Ottawa, Imprimeur de la Reine, 1966.

Canada, Chambre des communes, Comité spécial sur la Participation des minorités visibles à la société canadienne, *L'égalité, ça presse*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

Canada, Chambre des communes, Comité permanent de la justice et des questions juridiques, *Compte-rendu*, nº 8 (10 février 1970); nº 9 (17 février 1970); nº 10 (24 février 1970); nº 11 (26 février 1970); nº 12 (3 mars 1970).

Canada, Commission de réforme du droit, *Notre droit pénal* [Rapport 3], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1976.

Les fouilles, les perquisitions et les saisies [Rapport 24], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

Le libelle diffamatoire [Document de travail 35], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

La juridiction extraterritoriale [Document de travail 37], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

Les procédures postérieures à la saisie [Document de travail 39], Ottawa, Approvisionnements et Services, 1985.

L'arrestation [Document de travail 41], Ottawa, C.R.D., 1985.

La responsabilité secondaire : complicité et infractions inchoatives [Document de travail 45], Ottawa, C.R.D., 1985.

La façon de disposer des choses saisies [Rapport 27], Ottawa, C.R.D., 1986.

Canada, Gouvernement du Canada, *Le Droit pénal dans la société canadienne*, Ottawa, 1982.

Canada, Secrétariat d'État, *Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : troisième rapport du Canada, 1er juillet 1973 au 15 août 1975*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1976.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale : sixième rapport du Canada, août 1979 à juillet 1982, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983.

Direction du multiculturalisme, *Le droit et les relations interraciales*, Compte-rendu du colloque tenu à Vancouver les 22, 23 et 24 avril 1982, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1983.

Réponse du gouvernement du Canada à L'égalité, ça presse! *le rapport du Comité spécial sur les minorités visibles dans la société canadienne*, Ottawa, Approvisionnements et Services, 1984.

Chafee, Z., *Government and Mass Communications*, Hamden (Connecticut), Archon Books, 1966.

Cohen, M., «Human Rights and Hate Propaganda: A Controversial Canadian Experiment», dans S. Shoham (éd.) *Of Law and Man*, New York et Tel Aviv, Sabra Books, 1971.

«The Hate Propaganda Amendments: Reflections on a Controversy», (1971) 9 *Alta. L. Rev.* 103.

Cohen, S.S., «Hate Propaganda — The Amendments to the Criminal Code», (1971) 17 *R. de droit de McGill* 740.

Comarmond, P. et C. Duchet, *Racisme et société*, Paris, Maspero, 1969.

Conklin, W.E., «Interpreting and Applying the Limitations Clause: An Analysis of Section 1», (1982) 4 *Supreme Court L.R.* 75.

Cotler, I., «Libertés de réunion, d'association, de conscience et de religion», dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky (éds), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej, 1982, p. 159.

«Developments in the Law of Defamation», (1956) 69 *Harv. L. Rev.* 875.

Dickey, A., «Prosecutions under the Race Relations Act 1965, s. 6 (Incitement to Racial Hatred)», [1968] *Crim. L.R.* 489.

Duplé, N., «Homosexualité et droits à l'égalité dans les Chartes canadienne et québécoise», (1984) 25 *C. de D.* 801.

Dworkin, A., *Pornography: Men Possessing Women*, New York, Putnam, 1981.

Right-Wing Women, New York, Wideview/Perigee, 1983.

Elder, D., «Kentucky Criminal Libel Law and Public Officials — An Historical Anachronism?», (1981) 8 *N. Ky. L. Rev.* 37.

Entrevan, C., «Réflexions sur le problème des discriminations humaines dans le système démocratique français», dans *Annuaire français des droits de l'homme*, vol. 1, Paris, Éditions A. Pedone, 1974.

Erasmus J., *Pornography: Obscenity Re-examined*, document préliminaire préparé pour la Commission de réforme du droit du Canada, non publié, octobre 1985.
Faust, B., *Women, Sex, & Pornography*, Londres, Melbourne House, 1980.
Fenson, M., «Group Defamation: Is the Cure Too Costly?», (1964-65) 1 *Man. L.J.* 255.
Fortin, J. et L. Viau, *Traité de droit pénal général*, Montréal, Thémis, 1982.
Foulon-Piganiol, J., «La lutte contre le racisme (Commentaire de la loi du 1er juillet 1972)», (1972) *D.* 26.
«Nouvelles réflexions sur la diffamation raciale», (1970) *D.* 163.
«Réflexions sur la diffamation raciale», (1970) *D.* 133.
Franz, P., «Unconstitutional and Outlawed Political Parties: A German-American Comparison», (hiver 1982) 5 *Bost. Coll. Int. & Comp. L. Rev.* 51.
Freiheit, M.G., «Free Speech and Defamation of Groups by Reason of Color or Religion», (1966) 1 *R.J.T.* 129.
Fryer, D.R., «Group Defamation in England», (janvier 1964) 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 33.
Genn, R., «Beyond the Pale: Council of Europe Measures against Incitement to Hatred», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 189.
Goldberger, D., «Skokie: The First Amendment under Attack by Its Friends», (printemps 1978) 29 *Mercer L. Rev.* 761.
Griffin, S., *Pornography and Silence*, New York, Harper Colophon Books, 1981.
Gropper, M., «Hate Literature — The Problem of Control», (1965) 30 *Sask. Bar Rev.* 181.
«Group Libel and Criminal Libel», (1952) 1 *Buffalo L. Rev.* 258.
«Group Libel Laws: Abortive Efforts to Combat Hate Propaganda», (1952) 61 *Yale L.J.* 252.
Hage, R.E., «The Hate Propaganda Amendment to the Criminal Code», (1970) 28 *U.T. Faculty L.R.* 63.
Harris, D.J., «Decision on the European Convention on Human Rights during 1979, Freedom of Speech», [1979] *Brit. Year Book Int. L.* 257.
Hepple, B.A., «Race Relations Act 1965», (1966) 29 *Modern L. Rev.* 306.
«High-Tech Hatred», *Newsweek*, 24 décembre 1984, p. 20.
Hogg, P.W., «La Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits : comparaison», dans G.-A. Beaudoin et W.S. Tarnopolsky (éds), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson et Lafleur, Sorej, 1982, p. 3.
Holdsworth, W., *A History of English Law*, Vol. III, Londres, Sweet and Maxwell, 1966.
Hughes, G., «Prohibiting Incitement to Racial Discrimination», (1965-66) 16 *U. Toronto L.J.* 361.
Jefferson, J.E., «Gay Rights and the Charter», (1985) 43:1 *U.T. Faculty L.R.* 70.
Jones, T.D., «Article 4 of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination and the First Amendment», (1980) 23 *Howard L.J.* 429.
Kallen, H.M., «‹Group Libel› and Equal Liberty», (1968) 14:1 *N.Y. L.F.* 1.
Kayfetz, B.G., «The Story behind Canada's New Anti-Hate Law», (mai-juin 1970) *Patterns of Prejudice* 5.
Kelly, J., «Criminal Libel and Free Speech», (1958) 6 *Kansas L. Rev.* 295.
Konvitz, M.R., *Fundamental Liberties of a Free People*. New York: Cornell University Press, 1957.
Kuchel, T.H., «The Fright Peddlers», (janvier 1964) 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 4.
LeBlanc, L.J., «The Intent to Destroy Groups in the Genocide Convention: The Proposed U.S. Understanding», (1984) 78 *Am. J. Int. L.* 369.
Lederer, L. (éd.), *L'envers de la nuit : les femmes contre la pornographie*, Québec, Édition Remue-ménage, 1983.
Lerner, N., «Curbing Racial Discrimination — Fifteen Years CERD», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 170.
The Crime of Incitement to Group Hatred: A Survey of International and National Legislation, New York, World Jewish Congress, 1965.
The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination, 2e éd., Alphen aan den Rijn, The Netherlands, Rockville (Maryland), 1980.

Lipsett, E.H., «Freedom of Expression and Human Rights Legislation: A Critical Analysis of s. 2 of *The Manitoba Human Rights Act*», (1982-3) 12 *Man. L.J.* 285.

MacGuigan, M.R., «Hate Control and Freedom of Assembly», (1966) 31 *Sask. Bar Rev.* 232.

«La Charte — Problèmes et Solutions», (1984) 13 *Man. L.J.* 689.

Madiot, Y., *Droits de l'homme et libertés publiques*, Paris, Masson, 1976.

Makin, K., «Federal Court Declines Jurisdiction for Charter Challenge to Anti-Hate Provision», (1984) 13 *Ontario Lawyers Weekly* 1.

Manning, M., *Rights, Freedoms and the Courts: A Practical Analysis of the* Constitution Act, 1982, Toronto, Emond-Montgomery, 1983.

Marcus, E.T., «Group Defamation and Individual Action: A New Look at an Old Rule», (1983) 71 *Calif. L. Rev.* 1532.

McAlpine, J.D., *Report Arising out of the Activities of the Ku Klux Klan in British Columbia*, rapport préparé pour le gouvernement de la Colombie-Britannique, 1981.

Memmi, A., *Le racisme*, Paris, Éditions Gallimard, 1982.

Meron, T., «The Meaning and Reach of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», (1985) 79 *Am. J. Int. L.* 283.

Mertl, S. et J. Ward, *Keegstra: The Trial, the Issues, the Consequences*, Saskatoon, Western Producer Prairies Books, 1985.

Mewett, A.W., «Some Reflections on the Report of the Special Committee on Hate Propaganda», (1966) 9 *Crim. L.Q.* 16.

Mewett, A.W. et M. Manning, *Criminal Law*, 2e éd., Toronto, Butterworths, 1985.

Morel, A., «La clause limitative de l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés: une assurance contre le gouvernement des juges», (1983) 61 *R. du B. Can.* 81.

Nations Unies, Documents officiels, Assemblée générale, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Trente-quatrième session, Supplément nº 18, A/34/18.

Documents officiels, Assemblée générale, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Trente-huitième session, Supplément nº 18, A/38/18.

Documents officiels, Assemblée générale, *Rapport du Comité pour l'élimination de la discrimination raciale*, Trente-neuvième session, Supplément nº 18, A/39/18.

Nations Unies, J. Inglés, *Étude sur l'application de l'article 4 de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, A/Conf. 119/10, 18 mai 1983.

Nations Unies, Sous-Commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités, *Mise à jour de l'Étude sur la question de la prévention et de la répression du crime de génocide*, Trente-huitième session, E/CN.4/Sub.2/1985/6, 2 juillet 1985.

Neier, A., *Defending My Enemy: American Nazis, the Skokie Case, and the Risks of Freedom*, New York, E.P. Dutton, 1979.

Paraf, P., *Le racisme dans le monde*, Paris, Petite bibliothèque Payot, 1981.

Partington, M., «Race Relations Act 1965: A Too Restricted View?», [1967] *Crim. L.R.* 497.

Partsch, J.J., «L'incrimination de la discrimination raciale dans les législations pénales nationales», (1977) *R. S. Crim. et D. pén. Comp.* 19.

Pemberton, J., «Can the Law Provide a Remedy for Race Defamation in the United States?», (1968) 14:1 *N.Y. L.F.* 33.

Peytel, J., «Group Defamation in France», (janvier 1964) 13:1 *Clev.-Mar. L. Rev.* 64.

«Race Defamation and the First Amendment», (1965-66) 34 *Fordham L. Rev.* 653.

Rector, F., *The Nazi Extermination of Homosexuals*, New York, Stein and Day, 1981.

Regel, A.R., «Hate Propaganda: A Reason to Limit Freedom of Speech», (1985) 49 *Sask. L. Rev.* 303.

Reisman, W.M., «Responses to Crimes of Discrimination and Genocide: An Appraisal of the Convention on the Elimination of Racial Discrimination», (automne 1971) 1 *Denver J. Int. L. & Pol.* 29.

Répertoire de droit pénal et de procédure pénale, 2e éd., vol. II, Jurisprudence générale Dalloz, Paris, Relais, 1981.

Roth, S.J., «Anti-Semitism and International Law», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 208.

Ryan, H.R.S., «The Trial of Zundel, Freedom of Expression and the Criminal Law», (1985) 44 *C.R.* (3d) 334.

Sacerdoti, G., «New Developments in Group Consciousness and the International Protection of the Rights of Minorities», (1983) 13 *Israel Year Book on Human Rights* 116.

Santa Cruz, H., *La discrimination raciale*, New York, Nations Unies, 1977.

Sartre, J.-P., *Réflexions sur la question juive*, Paris, Gallimard, 1954.

Schroth, P.W. et V.S. Mueller, «Racial Discrimination: The United States and the International Convention», (printemps 1975) 4 *Human Rights* 171.

Schwelb, E., «The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination», (1966) 15 *Int. & Comp. L.Q.* 996.

Scott, F.R., «Publishing False News», (1952) 32 *R. du B. Can.* 37.

Seeley, J.J., «Article Twenty of the International Covenant on Civil and Political Rights: First Amendment Comments and Questions», (1970) 10 *Va. J. Int. L.* 328.

Sher, J., «The Propaganda of Hatred», (décembre 1984) LXIV: 744 *The Canadian Forum* 20.

Sinclair, H., «Hate Propaganda Laws — Will They Survive the Charter of Rights?», (1982) 3 *C.H.R.R.* 13.

Smith, J.C. et B. Hogan, *Criminal Law*, 5e éd., Londres, Butterworths, 1983.

Starkie's Treatise on the Law of Slander and Libel, 3e éd., Londres, Butterworths, 1869.

«Statutory Prohibition of Group Defamation», (1947) 47 *Colum. L. Rev.* 595.

Tajima, Y., «Protection of Freedom of Expression by the European Convention», (1969) 2 *R.D.H.* 658.

Tanenhaus, J., «Group Libel», (1950) 35 *Cornell L.Q.* 261.

Tarnopolsky, W.S., «A New Bill of Rights in the Light of the Interpretation of the Present One by the Supreme Court of Canada», [1978] *L.S.U.C. Lectures* 161.

Discrimination and the Law in Canada, Toronto, Richard DeBoo, 1981.

«Freedom of Expression v. Right to Equal Treatment», (Centennial Edition, 1967) *U.B.C. L. Rev. — C. de D.* 43.

The Canadian Bill of Rights, 2e éd., McClelland and Stewart, 1975.

«The Control of Racial Discrimination», dans R. St.J. Macdonald et J.P. Humphrey (éds) *The Practice of Freedom*, Toronto, Butterworths, 1979, p. 289.

Ténékidès, G., «L'action des Nations Unies contre la discrimination raciale», (1980) 3 *Recueil de cours*, Tome 168, 269.

Tremblay, P., «Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale», (1966) 26 *R. du B.* 360.

Trudel, P., *Droit de l'information et de la communication*, Montréal, Éditions Thémis, 1984.

«La liberté d'information comme limite au pouvoir de punir pour outrage au tribunal», (1982-83) 17 *R.J.T.* 519.

Turp, D., «Le recours au droit international aux fins de l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés : un bilan jurisprudentiel», (1984) 18 *R.J.T.* 353.

Vasak, K., *Les dimensions internationales des droits de l'homme*, UNESCO, 1978.

Veeder, V., «The History and Theory of the Law of Defamation: Part 1», (1903) 3 *Colum. L. Rev.* 546.

Vincent-Daviss, D., «Human Rights Law: A Research Guide to the Literature — Part 1: International Law and the United Nations», (1981-82) 14 *N.Y.U.J. of Int. L. & Pol.* 209.

Vouin, R., «La répression de la discrimination raciale en France», (1972) 5 *R.D.H.* 177.

Williams, D.G.T., «Racial Incitement and Public Order», [1966] *Crim. L.R.* 320.

Déclarations, conventions et traités internationaux

Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, (1950) 213 R.T.N.U. 223.

Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, (1969) 660 R.T.N.U. 213.

Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, (1948) 78 R.T.N.U. 279.

Déclaration universelle des droits de l'homme, A.G. Rés. 217, Doc. off. A.G., 3e session, Part. 1, Doc. N.U. A/810 (1948), p. 71.

Déclaration des Nations Unies sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, A.G. Rés. 1904, Doc. off. A.G., 18e session, supp. nº 15, Doc. N.U. A/5515 (1963) p. 35.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, (1976) 999 R.T.N.U. 187.

Table de jurisprudence

Beauharnais v. *Illinois*, 343 U.S. 250 (1952).

Boucher v. *The King*, [1951] R.C.S. 265.

Ex parte Genest v. *R.*, (1933) 71 C.S. Qué. 385.

Garrison v. *Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964).

Glimmerveen and Hagenbeek v. *The Netherlands*, (1979) 4 E.H.R.R. 260.

John Ross Taylor and the Western Guard Party v. *Canada*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2097.

R. v. *Buzzanga and Durocher*, (1979) 49 C.C.C. (2d) 369 (C.A. Ont.).

R. v. *Carrier*, (1951) 104 C.C.C. 75 (B.R. Qué., Division criminelle).

R. v. *Keegstra*, B.R. Alb., le 20 juillet 1985, le juge Mackenzie (inédit). Au moment de la publication du présent document, la condamnation fait l'objet d'un pourvoi.

R. v. *Keegstra*, (1984) 19 C.C.C. (3d) 254 (B.R. Alb.).

R. v. *Kirby*, (1970) 1 C.C.C. (2d) 286 (C.A. Qué.).

R. v. *Osborn*, (1732) 2 Barn. K.B. 166; 94 E.R. 425; W. Kel 230; 25 E.R. 584.

R. v. *Williams*, (1822) 5 B. & Ald. 595; 106 E.R. 1308.

R. v. *Zundel*, Cour de district Ont., condamnation le 28 février 1985, sentence prononcée le 25 mars 1985, le juge Locke (inédit). Au moment de la publication du présent document, la condamnation fait l'objet d'un pourvoi.

Re Gathercole, (1838) 2 Lewin 237; 168 E.R. 1140.

Re Hoaglin, (1907) 12 C.C.C. 226 (C.S. T.N.-O.).

Saskatchewan Human Rights Commission v. *The Engineering Students' Society*, (1984) 5 C.H.R.R. D/2074. La décision fait l'objet d'un appel.

Schenck v. *United States*, 249 U.S. 47 (1919).